

uc3m | Universidad **Carlos III** de Madrid

2017-2018

Trabajo Fin de Grado

“LA INCRIMINACIÓN DE LA
LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LAS
REDES SOCIALES: CRÍTICA Y HUMOR
FRENTE AL DERECHO PENAL.”

Alejandro Pernías Ábalos

Tutora

Dña. Carmen Lamarca Pérez

Calificación

Matrícula de Honor

10

Getafe, 5 de julio de 2018



Esta obra se encuentra sujeta a la licencia Creative Commons **Reconocimiento – No Comercial**
– Sin Obra Derivada

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO PRIMERO. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO OBJETO DE LÍMITES PENALES.....	3
1.1. Libertad de Expresión y Principio de Proporcionalidad.	3
1.2. La Libertad de Expresión como libertad de crítica y sus límites.	4
1.2.1. La Violencia real y efectiva.	5
1.2.2. El discurso del odio.	6
1.2.3. La doctrina del efecto de desaliento.....	7
CAPÍTULO SEGUNDO. LAS REDES SOCIALES COMO LUGAR NUEVO DE COMISIÓN DE DELITOS.....	9
2.1. Concepto de red social de Internet y su diferenciación de otras redes sociales. El <i>mundo pequeño</i> como cambio esencial.....	9
2.2. La estructura interna de las redes sociales y el <i>ciberspacio</i> como un lugar nuevo.	11
2.3. La determinación de los hechos, la identificación de autor y la localización de la conducta en las redes sociales.	13
2.4. Una breve referencia a la Teoría de las Actividades Cotidianas.....	15
CAPÍTULO TERCERO. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN FRENTE A OTROS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS POR EL DERECHO PENAL.	17
3.1. Delitos contra el Honor vs. Libertad de Expresión.	17
3.1.1. Las Injurias a través de las redes sociales.	18
3.2.2. Las Calumnias a través de las redes sociales.....	21
3.2. Racismo, xenofobia y discriminación vs. Libertad de Expresión.	22
3.3.1. El Delito de odio del artículo 510 CP a través de las redes sociales.	23
3.3.2. El caso del tuitero condenado por mensajes contra las mujeres.	25
3.4. TweeTTerrorismo.....	27
3.4.1. Enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas a través de las redes sociales.	27
3.4.1.1. El Enaltecimiento del terrorismo a través de las redes sociales.....	28
3.4.1.2. La humillación a las víctimas del terrorismo a través de las redes sociales.	31

CAPÍTULO CUARTO. EL HUMOR, LA CRÍTICA Y SU INCRIMINACIÓN PRÁCTICA: SUPUESTOS POLÉMICOS.....	34
4.1. Cassandra como síntoma.	34
4.2. La risa que nos irrita.	37
CONCLUSIONES	39
BIBLIOGRAFÍA	42
ABREVIATURAS	47
ADDENDA: EJEMPLOS DE TWEETS RECOGIDOS DE LAS REDES.....	48

AGRADECIMIENTOS

Deseo agradecer, en primer lugar, a mi tutora, la profesora Lamarca su dedicación, cercanía e ilusión a la hora de guiarme en este trabajo y su pasión por él. Además de al profesor Dopico, quien, generosamente, me ayudó a comprender algunos detalles complejos de este estudio. Finalmente, no puedo olvidar aquí a mis profesores, que, a pesar de mi difícil caligrafía, han sido capaces de entrar en el contenido de mis trabajos y exámenes, dentro y fuera de la Universidad.

INTRODUCCIÓN

¿Qué son las redes sociales y por qué existe la percepción de que se produce una mayor comisión de delitos en ellas? A través del presente trabajo se pretende mostrar una visión amplia de tal cuestión, con la intención honesta de ofrecer el estado de las cosas en los tres grandes temas que acoge. A saber, el entendimiento y límites de la Libertad de Expresión, la concepción de Internet y de las redes sociales a efectos penológicos, y la configuración legal, doctrinal y jurisprudencial de los tipos penales que se encuentran con límites difusos en su relación con el Derecho Fundamental.

En primer lugar, se partirá de los diferentes y recientes pronunciamientos judiciales tanto a nivel nacional como internacional para poder comprender cuáles son los límites reales de la Libertad de Expresión, y si el entendimiento de tales por algunos tribunales y agentes puede llegar a ampliarlos con consecuencias lesivas para la sociedad democrática. Por otra parte, los especiales caracteres de las redes sociales permiten la expresión en ellas de comentarios hirientes, difamatorios e, incluso, delictivos, de los que el Derecho Penal no se ocupaba por no encontrar en ellos publicidad o por no llegar a su destinatario. La sensación de impunidad y la vertebración de Internet permite que esos comentarios lleguen, antes o después, y en ocasiones, son, cuanto menos, reprobables moralmente.

Asimismo, el terrorismo sufrido en España, principalmente por ETA, llevó a la represión de aquellas conductas que se apreciaban generadoras de mayor sufrimiento a las víctimas y familiares, que tenían que ver cómo se elogiaban los atentados que habían acabado con las vidas de sus seres queridos. Sin embargo, ETA se encuentra derrotada por el Estado de Derecho y no ha vuelto a asesinar. Esta situación exige, cuanto menos, la visión, en su contexto, de los delitos tipificados para las conductas que ya no se realizan como antaño.

En este análisis se buscará comprender la realidad de los últimos casos conocidos de usuarios de Twitter que fueron detenidos, condenados y absueltos por publicar *tweets* relacionados con Carrero Blanco, otras víctimas de ETA, los propios asesinos o sobre el holocausto. En este sentido, según los datos de la Memoria de la Fiscalía General del Estado del curso judicial 2016, las diligencias abiertas durante ese año por delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas fue de 54, mientras que en 2009 ascendió a 451.¹

Es reseñable de la misma Memoria que se llevaron a cabo distintas operaciones con la finalidad de inhabilitar cuentas en redes sociales e Internet dentro de la lucha contra el terrorismo mediante las operaciones “Araña”, en las que, a través de los buscadores de las propias redes sociales y utilizando palabras clave como “ETA” o “Argala”,² se llegó a varios tuiteros o se detuvo a Cassandra Vera o César Strawberry por posibles delitos de enaltecimiento y humillación a las víctimas del terrorismo.

¹ Memorias FGE 2010-2017. Las diligencias abiertas por la Fiscalía entre 2009 y 2016 han sido, respectivamente, de: 451 (2009), 344 (2010), 173 (2011), 109 (2012), 53 (2013), 33 (2014), 60 (2015) y 54 (2016).

² Pinheiro, M. (02/03/2017). "El Estado quiere que cuando un chaval vaya a tuitear se lo piense dos veces", *Eldiario.es*. Recuperado en: https://www.eldiario.es/politica/Audiencia-Nacional-chaval-tuitear-piense_0_618038972.html

Ante estos datos, es apreciable que las actividades enaltecedoras han ido variando desde las expresiones en las manifestaciones a favor de los presos de ETA en el País Vasco, con fotografías y textos escritos, hasta la publicación de mensajes en las redes sociales. Sin embargo, en los últimos años se han podido experimentar casos en los que la intencionalidad de enaltecimiento y humillación es discutida por la doctrina, generando, además, sentencias diametralmente opuestas entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, como las condenas y absoluciones de Cassandra o César Strawberry que tendremos ocasión de examinar.

Asimismo, la crisis económica ha supuesto, en muchos países occidentales, el crecimiento de la propaganda frente a los distintos, frente a los que han convivido a diario en épocas de bonanza; pero que, en las de carestía, son objeto de culpa. Supuestos como partidos políticos xenófobos que, en ocasiones, generaban odio hacia los inmigrantes, si bien no han resultado trascendentes en su número y en sus simpatizantes en España, sí han permitido la proliferación de mensajes hirientes en el *ciberespacio*, con la consiguiente reactivación de la lucha contra el *discurso del odio*.

Finalmente, se presentará un análisis breve del sentido del humor frente al poder, de la relación hiriente de la risa y de las contradicciones humanas, expresadas mediante la represión penal de la risa pública y de los chistes relacionados con determinadas personas o temas. El humor no es más que una forma de expresión que, al enfrentarnos a nuestras propias inseguridades en público, nos irrita y provoca en nosotros una respuesta difícil de prever y, en ocasiones, de justificar.

CAPÍTULO PRIMERO. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO OBJETO DE LÍMITES PENALES.

Para poder analizar plenamente los delitos que entran en liza con la Libertad de Expresión es imprescindible partir del entendimiento del Derecho Fundamental en juego. A tal efecto, es imperativo acudir tanto a su protección nacional e internacional, como a la delimitación entre su contenido y alcance para ofrecer una visión del estado de la cuestión y poder abordar la crítica a los límites impuestos por el Derecho Penal y por los Tribunales.

1.1. Libertad de Expresión y Principio de Proporcionalidad.

Como se desprende literalmente del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas, la Libertad de Expresión protege la difusión de ideas, creencias y opiniones, y la libertad de buscarlas y recibirlas por cualquier medio. Del mismo modo deben apreciarse el artículo 20.1.a de la Constitución Española de 1978, y el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Acogen, por tanto, una concepción muy amplia, pues engloban cualquier forma de manifestación explícita o implícita de tales ideas, y su exteriorización y transmisión a quien también tiene derecho a recibirla. En consecuencia, el bien jurídico protegido por el Derecho no debe ser menos que la opinión pública libre y su formación en el espacio democrático. Sin embargo, no de manera exclusiva, pues busca garantizar, fuera de la política, una *sociedad abierta*, en la que la cultura, las ciencias y el humor, entre otras formas de creatividad, no encuentren obstáculos injustificados.³

Los textos citados prevén, en el reconocimiento del propio Derecho, límites a su ejercicio relacionados con el respeto al honor, intimidad e, incluso, con la persecución del delito. Es ahí donde la clara definición de la Libertad de Expresión comienza a adentrarse en una “zona gris” al aparecer límites a su ejercicio, en ocasiones, los más rigurosos del ordenamiento, al utilizar el Derecho Penal.

En esta zona, el principio de proporcionalidad ofrece, en ocasiones, más polémica que solución, pues plantea dudas en el juicio de proporcionalidad. Ante ello, y a fin de examinar con detenimiento la delimitación que realiza el Tribunal Constitucional en cuanto al ejercicio de la Libertad de Expresión frente a otros Derechos Fundamentales, es preciso acudir a la ponderación de derechos,⁴ que se fundamenta en la limitación de este en base a la idoneidad, necesidad y proporcionalidad.⁵

³ Díez-Picazo, L.M. (2003). *Sistema de Derechos Fundamentales*. Madrid: Thomson Civitas. Pág. 281.

⁴ Díez-Picazo, L.M. (2003). *Op. Cit.* Pág. 290.

⁵ Lamarca Pérez, C. (2011). *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes penales*. Madrid: Colex. Págs. 62 y ss.

En consecuencia, los tipos penales deben configurarse como medidas con un fin lo suficientemente relevante y legítimo, con la ponderación entre derechos y en atención al bien jurídico protegido; asimismo, la represión penal debe ser necesaria para ese fin, la menos gravosa, donde opera el principio de *ultima ratio*, y, finalmente, debe apreciarse como una limitación con más ventajas que sacrificios, pues, de lo contrario, nada justificaría la represión desde una perspectiva jurídico-penal.

Partiendo de esta base, el TC reconoce que la Libertad de Expresión no tiene límites constitucionales concretos; sin embargo, su ejercicio debe limitarse de manera “razonable”⁶, ya que todo derecho civil tiene deberes y responsabilidades, como también recuerda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Halliman y otros contra Suiza⁷. Este carácter impreciso de los límites, deberes y responsabilidades inherentes al ejercicio de la Libertad de Expresión plantea un ámbito abierto que genera, en épocas de cierta intolerancia a lo “políticamente incorrecto”, una represión mayor de las conductas que se alejan de los cánones publicitados frente a la sociedad.

Sirva para delimitar el objeto de este análisis la reciente y revocada Sentencia del TC de 22 de julio de 2015⁸ en la que se enjuiciaba la posible vulneración del Derecho Fundamental ante una condena a los miembros de una organización política independentista en Girona por quemar, públicamente, fotografías de los Reyes de España. A pesar de su revocación,⁹ el TC expresa la caracterización y límites del Derecho Fundamental en un extenso examen de sus límites.

La Libertad de Expresión, aduce, contiene la libertad de crítica, que se acentúa, aún más si cabe, si se dirige frente a cargos públicos o representantes electos. La crítica está protegida *aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe la sociedad democrática*. Esta concepción que protege la crítica, aunque sea dolorosa para su receptor, no acoge, bajo ningún concepto, el derecho al insulto.

1.2. La Libertad de Expresión como libertad de crítica y sus límites.

La Constitución protege, no solo, la difusión de ideas u opiniones inofensivas o que son acogidas en lo “políticamente correcto”. Éstas no necesitan, o no en igual medida, ser protegidas; al contrario, protege y garantiza el derecho a expresar aquellas opiniones que *contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población*.¹⁰ Por ello, si, además, la crítica la realiza un representante público electo, se le permite exagerar, incluso, provocar, y *ser inmoderado en las observaciones*.¹¹

⁶ STC 203/2015 de 5 de octubre.

⁷ STEDH de 24 de febrero de 2015, caso Halliman y otros contra Suiza.

⁸ STC 177/2015 de 22 de julio.

⁹ STEDH de 13 de marzo de 2018, caso Estern Taulats y Roura Capellera. C. España.

¹⁰ STEDH de 24 de febrero de 1997, caso De Haes y Gijssels c. Bélgica.

¹¹ STEDH de 15 de marzo de 2011, caso Otegi c. España, párrafo 50.

La Libertad de Expresión busca, en definitiva, permitir la formación de una conciencia democrática libre, no necesariamente la “correcta”. No cabe la persecución de aquellos comportamientos o expresiones que no entran en el marco de lo “políticamente correcto”¹² por el mero hecho de desbordar la opinión fijada y extendida en el conjunto de la sociedad o en un grupo que ostenta el predominio de la opinión pública. Asimismo, no solo por el hecho de encontrarse el mensaje fuera del núcleo de la crítica política, queda fuera de la esfera de protección del Derecho Fundamental, pues cabe ser reconducido a la libertad de creación artística o científica, igualmente protegidas por el artículo 20 CE.¹³

Sin embargo, como todo derecho civil, la Libertad de Expresión encuentra sus límites en la dignidad, reputación y derechos del resto.¹⁴ No es admisible amparar las expresiones que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia; de igual modo que la libre expresión de ideas no justifica ni autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios.¹⁵ Son estas conductas las que, se considera, es necesario sancionar y prevenir.

1.2.1. La Violencia real y efectiva.

El primer límite consolidado a la exteriorización de las opiniones propias es la violencia. Como recuerda la Magistrada ASUA BATARRITA en su Voto Particular a la STC 177/2015, este límite encuentra su origen en otro Voto Particular, en este caso a una Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos por el Juez Holmes. En su Voto, en el que se alejaba en parte de su ponencia en la sentencia del caso *Schenk v. Estados Unidos*, aclara que en la doctrina del peligro claro e inminente (*clear and present danger*)¹⁶ ambos deben ser los elementos por analizar para conocer si una conducta meramente expresiva puede ser capaz de generar violencia.

Estos elementos serán más relevantes, si cabe, en el ámbito de las nuevas tecnologías por sus especiales características. En este sentido, son esos dos requisitos los que deben concurrir a efectos de la represión penal de la conducta, pues nada ampara, en su opinión, al ciudadano que, en un teatro lleno de gente gritara - ¡fuego! - conociendo que no existe ese fuego, y con la intención de causar una reacción de la gente.¹⁷

De este ejemplo tan evidente en cuanto a la intencionalidad de las expresiones, a salvo, el principio de insignificancia, hemos de partir para diferenciar entre el castigo a la tenencia de ideas y a su expresión, y la sanción de las conductas generadoras de violencia, o aptas para ello.

¹² Díez-Picazo, L.M. (2003). *Op. Cit.* Pág. 297.

¹³ Díez-Picazo, L.M. (2003). *Op. Cit.* Pág. 285.

¹⁴ STEDH de 23 de abril de 1992, caso *Castells c. España*.

¹⁵ STEDH de 16 de julio de 2009, caso *Feret c. Bélgica*.

¹⁶ Díez-Picazo, L.M. (2003). *Op. Cit.* Pág. 298.

¹⁷ Tenorio Sánchez, P.J. (2013). La libertad de comunicación en Estados Unidos y en Europa. *Revista de derecho constitucional europeo*, Año 10, Número 19, enero-junio de 2013, Págs. 271-309. Pág. 275.

1.2.2. El discurso del odio.

De la misma manera que en el caso de la violencia efectiva, es innegable, al menos desde la perspectiva histórica de la II Guerra Mundial, que las palabras llevan a acciones humanas. La pronunciación al mundo de una idea y su propagación puede generar un efecto desconocido, pues sabido es que la comunicación no es una tarea unilateral, sino que el “entendimiento” de las expresiones depende, en gran medida, de la predisposición del escuchante. Los efectos de las ideologías nazi, fascista y comunista en toda Europa supusieron un antes y un después a la hora de analizar la “propaganda” como medio de expresión, provocando con ello la toma de conciencia acerca de que las palabras contrarias a los Derechos Fundamentales pueden convertirse en hechos contrarios a las personas y a los colectivos. Ante una sociedad interconectada, quizá sea perturbador preguntarse qué habría sucedido si Goebbels hubiera tenido acceso mediante un solo tweet a trescientos millones de personas.

Es por ello por lo que, tal como señala LANDA GOROSTIZA,¹⁸ los Estados firmantes de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965 incluyeron, de uno u otro modo, la tipificación de la provocación xenófoba, generando con ello lo que denomina “la incriminación de la Libertad de Expresión” o el “Derecho Penal de la actitud interna” (*Gesinnungsstrafrecht*).¹⁹

El discurso del odio, en palabras de ASUA BATARRITA “*supone un discurso previo a la barbarie que busca incitar, promover o propagar el odio racial, la xenofobia u otras formas de odio basadas en la intolerancia, mediante la creación de un clima de hostilidad y exclusión*”.²⁰ En consecuencia, no cabrá castigar las conductas que no tengan la aptitud para *incitar, promover o propagar* el odio, y solo cuando ello suponga una amenaza cierta para el individuo dentro de su colectividad. En este sentido, el TEDH ha declarado que el entendimiento del citado discurso por el TC en la STC 177/2015 es una interpretación demasiado amplia que perjudica al pluralismo dentro de una sociedad democrática.²¹

Por ello, LAURENZO COPELLO²² aprecia en el delito de provocación al odio una especie de doble ataque: por un lado, a la dignidad personal del individuo que sufre dicha expresión en cuanto se ve afectado su *derecho a ser tratado como un ser humano igual a los demás*, y, por otro lado, al *modelo de convivencia plural y multicultural del que parte nuestra constitución*. En otras palabras, el discurso del odio ataca no solo al individuo que lo escucha, sino que le ataca a él (o a ella) por pertenecer a un grupo o minoría que es, en términos objetivos, susceptible de discriminación dentro del resto de la sociedad.

¹⁸ Landa Gorostiza, J.M. (1999). *La intervención penal frente a la xenofobia*, Bilbao: Universidad del País Vasco, Servicio Editorial = Euskal Herriko Unibertsitatea, Argitaipen Zerbitzua.

¹⁹ Landa Gorostiza, J.M. (1999). *Op. Cit.* Pág. 216.

²⁰ Voto Particular de la Magistrada del TC, Dña. Adela Asua Batarrita a la Sentencia 177/2015, núm. 956-2009, al que se adhiere el Magistrado Don Fernando Valdés Dal-Ré.

²¹ STEDH de 13 de marzo de 2018, párrafo 41.

²² Lorenzo Copello, P. (1996). La discriminación en el Código Penal de 1995. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XIX, Cursos y Congresos nº 95, Págs. 221-288. Pag. 250.

No obstante, en otros casos más “difusos” la delimitación clara de qué comprende el discurso del odio se aprecia complicada bien por intención, bien por desconocimiento. Sin embargo, ¿hasta qué punto puede perseguirse el hecho de odiar o su justificación pública?, ¿cómo puede delimitarse el odio interno de su exteriorización o incitación sin entrar en conflicto con la Libertad de Opinión y Expresión?

Son cuestiones complejas sobre las que nos ocuparemos *infra*, pero baste para ofrecer la opinión del Tribunal Constitucional la formulación que realiza en la sentencia 177/2015, al partir de que los límites al ejercicio del Derecho Fundamental deben siempre *ponderarse con exquisito rigor* a fin de no vulnerar la legítima expresión de la crítica pública. Así, cuando el derecho al honor entra en conflicto con la Libertad de Expresión, y aún más si cabe, en el ámbito penal, para que ésta última no quede desnaturalizada, debe partirse de una posición preferente de la Libertad de Expresión.²³

La presencia de estos límites provoca que, por ejemplo, en las injurias, el juez siempre debe valorar si la persona cuyo comportamiento se cuestiona penalmente se encuentra en el ámbito del ejercicio legítimo de la crítica y, por tanto, en el marco protector de la Libertad de Expresión. Así, tal como examinaremos en apartados inferiores, es muy relevante examinar la intencionalidad a la hora de, por ejemplo, publicar un *tweet* de 140 caracteres; pues es determinante a la hora de apreciar la subsunción de la conducta en el tipo penal.

1.2.3. La doctrina del efecto de desaliento.

No puede hacerse del Derecho Penal, afirma el TC, *un factor de disuasión del ejercicio de la Libertad de Expresión, lo que resulta indeseable en un Estado Democrático*.²⁴ Para evitarlo, el juez penal debe examinar los hechos en base al ejercicio legítimo del Derecho, y no como hechos delictivos. No pueden examinarse los hechos desde la perspectiva delictual y de ejercicio legítimo del derecho al mismo tiempo. Es trascendental la labor aplicativa e interpretativa del juez en cada caso, quien, habiendo quedado fijado que la conducta objeto de examen no está protegida por el ejercicio de la Libertad de Expresión, y solo entonces, podrá examinar si cabe o no en el tipo penal.

No realizar este examen previo es, en sí mismo, una vulneración del Derecho Fundamental a la Libertad de Expresión, pues supone su limitación y la ausencia de protección por quienes se encuentran más obligados a ello.²⁵ *La constitución protege, incluso, a quienes la niegan*,²⁶ y es por ello por lo que la ponderación debe ser cuidadosa a la hora de no encuadrar una conducta expresiva en un tipo penal. Ante la argumentación del TC, quepa decir a modo de plenitud de datos que, en el caso que servía de telón de fondo a la sentencia 177/2015, se aprecia que la quema de fotos de los Reyes sí incita al odio, a la violencia contra las personas y contra la Institución, fomenta sentimientos de agresión contra la misma y exterioriza una amenaza, ya que *expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio*.

²³ STC 20/1990 de 15 de septiembre, FJ 4.

²⁴ STC 177/2015.

²⁵ STC 89/2010 de 15 de noviembre.

²⁶ STC 176/1995.

Apreciamos, asimismo, una expresión mediante imágenes, y no mensajes pronunciados (*symbolic speech*), lo que ofrece, por sí mismo, un supuesto problemático en su encuadre en la Libertad de Expresión.²⁷ Sobre este tipo de mensajes, el TEDH declara que la citada condena supone una restricción innecesaria en una sociedad democrática, pues, aunque la protección de las figuras que representan al Estado deba realizarse, ello exige que las autoridades públicas den muestras de contención al utilizar la vía penal.²⁸

En este sentido, en opinión de CUERDA ARNAU, los delitos contra la Corona y, con mayor razón, los que suponen algún punto de colisión con la Libertad de Expresión dentro de la crítica política, al contrario de suponer un mayor reforzamiento de su protección respecto de la crítica política, debe admitirse una “relajación de los juicios de valor”.²⁹

Tal como hemos podido observar, el discurso del odio configura un límite cierto a la Libertad de Expresión, ya sea en la calle, en los escritos o en las redes sociales; sin embargo, ¿cualquier discurso de odio debe ser perseguido penalmente? El origen del límite nos lleva a apreciar que, si el ejercicio de un Derecho Fundamental no es ilimitado, tal como señala el profesor ALCÁCER GUIRAO,³⁰ el límite tampoco puede ser absoluto. Es aquí donde aparece el denominado “efecto desaliento”,³¹ también de origen americano (*chilling effect*), que ha sido acogido por nuestro TC en su sentencia 139/1999.

En opinión de CUERDA ARNAU,³² la doctrina del efecto del desaliento cumple varias funciones en la configuración de los tipos penales. En este sentido, defiende, es imprescindible que la interpretación y aplicación de los tipos en los supuestos difusos o difíciles se vean iluminados por la evitación de posibles efectos desalentadores con el castigo de las conductas dudosas. La autora parte de la existencia constatada de tipos que, por su abstracción e imprecisión son vagos y excesivamente amplios. En estos, las conductas pueden ser incardinadas, en función de su calificación, como delictivas; sin embargo, a pesar de ser ilícitas, cabe su no inclusión como constitutivas de delito.

La represión de conductas limítrofes con el ejercicio legítimo de la Libertad de Expresión genera, en opinión de la profesora, un efecto desalentador que los jueces deben evitar en base a la obligada interpretación de los Derechos Fundamentales hacia la garantía de su más amplia protección.

²⁷ Díez-Picazo, L.M. (2003). *Op. Cit.* Pág. 285.

²⁸ STEDH de 13 de marzo de 2018, párrafo 33.

²⁹ Cuerda Arnau, M. L. (2016). Delitos contra la Constitución, en *Derecho Penal Parte Especial*. (705-737). Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 710.

³⁰ Alcácer Guirao, R. (2012), Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*, núm. 14-02, Págs. 02:1-02:32. Pág. 02:12. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/14/recpc14-02.pdf>

³¹ Lamarca Pérez, C. (2011). *Op. Cit.* Pág. 88.

³² Cuerda Arnau, M.L. (2007). Proporcionalidad penal y Libertad de Expresión: la función dogmática del efecto de desaliento, *Revista general de Derecho Penal*, núm. 8. Págs. 18 y ss.

CAPÍTULO SEGUNDO. LAS REDES SOCIALES COMO LUGAR NUEVO DE COMISIÓN DE DELITOS.

La existencia y caracteres de las redes sociales permiten una ampliación antes desconocida de la Libertad de Expresión. Facilitan la comunicación sin barreras temporales o territoriales y suponen la existencia de una mayor pluralidad de canales de expresión. Internet genera una apertura enciclopédica al conocimiento mediante los motores de búsqueda como Google;³³ sin embargo, también ofrece unos caracteres especiales que chocan con la concepción tradicional de la regulación de los comportamientos por los Estados.

La curiosa “declaración de independencia del *ciberspacio*”, publicada en Davos el 8 de febrero de 1996 por el ciberactivista John Perry Barlow “proclamaba” que:

*El ciberespacio está formado por transacciones, relaciones, y pensamiento en sí mismo,
que se extiende como una quieta ola en la telaraña de nuestras comunicaciones.
Nuestro mundo está a la vez en todas partes y en ninguna parte, pero no está donde
viven los cuerpos.*

Esta concepción de abstracción del mundo virtual a las leyes se aprecia un punto más de lo que ARROYO ZAPATERO denomina un *cambio del paisaje global de nuestro mundo cultural*.³⁴ Las dimensiones que pueden apreciarse en el nuevo paisaje son transversales, y afectan a la estructura económica, política y jurídica. Es por ello por lo que en este segundo capítulo se pretende el examen de las cuestiones más problemáticas del Derecho y perseguibilidad Penales ante la comisión de hechos delictivos que se contraponen al ejercicio legítimo de la Libertad de Expresión.

2.1. Concepto de red social de Internet y su diferenciación de otras redes sociales. El mundo pequeño como cambio esencial.

Con carácter previo, es debido realizar una puntualización terminológica: Tal como se ha venido utilizando en el presente estudio, el concepto que utilizamos a lo largo de todo él es el de “red social” en su sentido de plataforma de Internet que ofrece un servicio generalmente gratuito, abierto al público o al que se tiene acceso previa invitación de un usuario; en las que los partícipes de la misma crean perfiles personales, institucionales o grupales con los que intercambian información, opiniones y multiplicidad de datos personales.

³³ Rodríguez-Amat, J.R. et al. (2013). *Gobernanza de Internet y Libertad de Expresión en Europa: estado de la cuestión*. En *Libertad de Expresión e información en Internet*. (75-99). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Pág. 78.

³⁴ Arroyo Zapatero, L. (2012). La armonización internacional del Derecho Penal, *Cahiers de Defense Sociale*, vol. 2011-2012, Págs. 25-59. Pág. 52.

Éstos, (no necesariamente propios),³⁵ son vendidos por las empresas titulares de dicha red social³⁶ a compradores publicitarios o de otra clase.³⁷ Asimismo, la actividad del usuario puede limitarse a la mera pasividad receptora de contenidos de su elección y de los que la propia empresa considera que le son de interés, en base a algoritmos propios³⁸ que se fundamentan, en esencia, en búsquedas en otras webs, en la misma, en los distintos “amigos” del usuario, en sus *likes* o en sus comentarios.³⁹

Por el contrario, no se utilizará el término en atención al conjunto de conexiones basadas en nodos y triadas definidas por Charles KADUSHIN,⁴⁰ si bien, como toda *red social* en sentido genérico, comparte elementos que, a los efectos de comprender la relevancia de estas, consideramos necesario referir. En conjunción con ello, es relevante acudir al *mundo pequeño*, idea muy vinculada, en nuestra opinión, con la concepción del profesor ARROYO ZAPATERO al referirse al cambio en la forma de apreciar el Derecho del Estado Moderno como un Derecho territorial.⁴¹

Para su conocimiento a los efectos de su relación con la comisión delictiva, es necesario hacer una escueta referencia al concepto de *mundo pequeño* desde un conocimiento muy superficial de la teoría de redes: partimos de que, en el mundo analógico, cada individuo puede incluir en su Red un número aproximado de cien contactos. De esta manera, mediante seis grados o conexiones, podría llegar a cualquier individuo del planeta.⁴² La importancia de la revolución de las tecnologías de la información y comunicación radica, sin duda, en ampliar esa red, reduciendo exponencialmente los grados a un máximo de cuatro;⁴³ lo que genera un cambio en las conductas de los individuos interconectados, y, en sí mismo, constituye un elemento más del cambio hacia un Derecho Penal moderno, que es, en realidad, una *adaptación del Derecho Penal de las modernas condiciones de vida social del tiempo contemporáneo*.⁴⁴

³⁵ Ortiz López, P. (2013). Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal. En *Derecho y redes sociales*. (21-39). Pamplona: Civitas y Thomson Reuters. Pág. 23

³⁶ En marzo de 2018 WhatsApp y Facebook fueron sancionadas en España por ceder datos personales de sus usuarios incumpliendo la normativa nacional. Puede consultarse más información en Sánchez, J.M. (19/3/2018) Protección de Datos sanciona a WhatsApp y Facebook por ceder y tratar datos personales sin consentimiento, *ABC*. Recuperado de http://www.abc.es/tecnologia/redes/abci-proteccion-datos-sanciona-whatsapp-y-facebook-ceder-y-tratar-datos-personales-sin-consentimiento-201803151019_noticia.html

³⁷ A efectos de simplificar su análisis, se tomarán como referencia Facebook y Twitter. La primera, por ser la Red social con mayor número de usuarios en el mundo y en nuestro país (2.167.000.000 a inicios de 2018); y la segunda, por la especial incidencia en los delitos contra el honor que más repercusión han tenido en los últimos años en España. Fuente: Statista, disponible en <https://www.statista.com/statistics/272014/global-social-networks-ranked-by-number-of-users/> (última consulta 6/3/2018)

³⁸ Rodríguez-Amat, J.R. et al. *Op. Cit.* Pág. 77.

³⁹ Definición extraída en base a los elementos de las redes sociales actuales definidos en Rallo Lombarde, A. y Martínez Martínez, R. (2013). *Derecho y redes sociales*. Pamplona: Civitas y Thomson Reuters. Págs. 22-25.

⁴⁰ Kadushin, C. (2013). *Comprender las redes sociales, teorías, conceptos y hallazgos*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.

⁴¹ Arroyo Zapatero, *Op. Cit.* Pág. 25

⁴² Kadushin, C. *Op. cit.* Pág. 294.

⁴³ Kadushin, C. *Ibidem*. Pág. 294.

⁴⁴ Arroyo Zapatero, L. *Op. Cit.* Pág. 44.

2.2. La estructura interna de las redes sociales y el *ciberspacio* como un lugar nuevo.

En el Derecho Penal de estas modernas condiciones de vida, al que llegamos de modelos de comunicación unidireccional en el que los posibles ofensores y ofendidos quedaban identificados con claridad, nos encontramos, por el contrario, con que las redes sociales, por su estructura, emplean un modelo de comunicación bidireccional.⁴⁵ Ello supone que no existe, de manera permanente, un emisor y un receptor como en la televisión, la prensa o radio, sino que el emisor, ante una determinada comunicación, se transforma en receptor acto seguido. Junto a ello, la complejidad en el tratamiento de las redes sociales como lugar de comisión de delitos análogo a los medios tradicionales, estriba en su carácter meramente descentralizado.⁴⁶

Las redes sociales se convierten en un medio de edición, publicación y comunicación distinto de los convencionales, y a las que no cabe aplicar sin más los elementos de la regulación de éstos a aquellas.⁴⁷ Su función principal se aprecia en el intercambio de información⁴⁸ o desinformación. En ocasiones, las noticias más relevantes, como el reciente atentado de las ramblas de Barcelona y Cambrils, son conocidas con detalles más explícitos por redes sociales que en los medios tradicionales de prensa; incluso aunque ésta sea publicada también en Internet. Ello genera, en ocasiones no escasas, la proliferación de noticias falsas que pueden generar graves consecuencias.⁴⁹

Es por ello por lo que, en base a esta función principal conforme a la que podemos catalogar a las redes sociales como lugar de intercambio de información, cabe la comisión de múltiples conductas delictivas, en las que los delitos contra el honor son entendidos por su comisión por un medio nuevo:⁵⁰ algunas de estas conductas han sido tipificadas *ex professo* para el *ciberspacio* y otras son las comunes, pero cometidas mediante las infinitas herramientas que ofrece Internet.⁵¹ No es este el lugar para el análisis de los delitos relacionados con la protección de datos, estafas informáticas, *grooming*, *bullying*, *sexting*, contra la intimidad, acoso sexual o pornografía, entre muchos otros. Baste mencionarlos a efectos de ejemplificar la doble vertiente de la comisión delictiva.

⁴⁵ López Ortega, J.J. (2001). Libertad de Expresión y responsabilidad por los contenidos en Internet, *Cuadernos de derecho judicial*, nº 10. Págs. 83-126. Pág. 94.

⁴⁶ *Ibidem* López Ortega. Pág. 95.

⁴⁷ Rodríguez-Izquierdo Serrano, M. (2013). Internet entre otros medios o las distinciones mediáticas del Tribunal Supremo de los E.E.U.U. en *Libertad de Expresión e información en Internet*. (99-119). Madrid: CEPC. Pág. 115.

⁴⁸ López Ortega, J.J. *Op. Cit.* Pág. 95.

⁴⁹ Una breve referencia del impacto de las redes sociales en el doble atentado terrorista de Barcelona y Cambrils puede encontrarse en Miguel. (22/8/2017). Las redes sociales y el atentado de Barcelona [blog]. Recuperado de <https://101.es/las-redes-sociales-atentado-barcelona>

⁵⁰ Orts Berenguer, E. y Roig Torres, M. (2001). *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 140.

⁵¹ Se diferencia entre las dos categorías citadas en base a la forma en que las tratan autores como RIQUERT, *Op. Cit.*, ORTS BERENGUER Y ROIG TORRES, *Op. Cit.* y, si bien diferenciando en tres categorías, MIRÓ LLINARES, F. (2011). La oportunidad criminal en el ciberspacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), núm. 13-07, Págs. 07:1-07:55. Disponible en Internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/13/recpc13-07.pdf>

En ambas categorías existen problemas comunes relacionados, sin duda, con la perseguibilidad de estos, pues la concepción de la diferencia de los mundos real y virtual coincide en todos ellos. Cada tipo presenta elementos criminológicos distintos, si bien, como señala MIRÓ LLINARES,⁵² comparten el lugar de comisión; uno nuevo y distinto: *el ciberespacio*. Sin embargo, se cuestiona si este nuevo lugar que sí es real, aunque no pueda palparse, es, en palabras de GRABOSKY, *vino viejo en botellas nuevas*,⁵³ es decir, si los elementos criminológicos de los distintos *cibercrímenes* pueden conocerse mediante las teorías clásicas o si, por el contrario, ya no son válidas por apelar a la territorialidad, al espacio físico nacional.

MIRÓ LLINARES describe los elementos intrínsecos y extrínsecos⁵⁴ que caracterizan el *ciberespacio*, pues sirven para explicar la verdadera revolución de las conductas conectadas por la Web en el comportamiento humano. El cambio que la Red supone para el tiempo y el espacio en la fenomenología social y criminal determina una transformación absoluta de las conductas que nos impide poder hablar de identidad en las mismas en su realización dentro y fuera de Internet.

Nos encontramos ante un nuevo espacio que sí que existe, no es una mera fabulación intangible a los efectos jurídicos. El *ciberespacio* genera la existencia de relaciones entre los distintos individuos que tienen presencia en él, sin embargo, al contrario que en el espacio físico, que sigue existiendo si los sujetos no interactúan, el mundo virtual solo aparece con las relaciones interpersonales; sin interacción no existe, se esfuma.

Las diferentes coordenadas del espacio y del tiempo en este nuevo lugar generan que los individuos se encuentren conectados con una mayor celeridad y con una menor distancia.⁵⁵ El *mundo pequeño* intensificado por la revolución de las tecnologías, como se examinaba más arriba, acarrea consecuencias en las relaciones interpersonales, pues intensifica y acelera las mismas y permite la interconexión de individuos a millones de kilómetros que, de otra manera, no podrían haber tenido relación directa entre sí, complicando, de entrada, la determinación espacial de la comisión del delito o la ausencia del autor en un país concreto.

Asimismo, la alteración en el tiempo de la relación intersubjetiva genera que el tiempo pase más deprisa,⁵⁶ e incrementa la velocidad a la que los individuos podemos relacionarnos con otros, provocando la multiplicación de relaciones y la fugacidad de estas. En el mismo sentido, y aunque resulte paradójico, el *ciberespacio* es capaz de convertir situaciones o acciones que en el mundo físico podrían ser instantáneas, en permanentes, en *perennes*.⁵⁷

⁵² Miró Llinares, F. (2011). *Op. Cit.* Págs. 4 y ss.

⁵³ Grabosky, P. Virtual Criminality: Old Wine in New Bottles?, *SLS*, núm. 10, 2001, pp. 243 y ss. Recuperado en: <http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/a017405>

⁵⁴ Miró Linares, *Op. Cit.* Pág. 5 y ss.

⁵⁵ *Ibidem*, Miró Llinares. Pág. 6.

⁵⁶ *Ibidem*, Miró Llinares. Pág. 7.

⁵⁷ *Ibidem*, Miro Llinares. Pág. 8.

Esta contradicción puede evidenciarse de manera llamativa en la fijación de un simple contenido en una red social que expresa una opinión, un sentimiento o una simple reflexión de un individuo en cualquier situación de su día, que se pierde en el tiempo, pero que, al cabo de los años, puede volver de la manera más inesperada ante sus ojos con un tweet como: [sic] *ser malos! Buenas noches colegas*.⁵⁸

Lo que antes podían concebirse como simples comentarios que desaparecían en el aire, son fijados de manera escrita en las redes sociales y en el *ciberespacio* en general. De esta manera, los efectos de dicho comportamiento se muestran en momentos indeterminados y pueden afectar a agentes también inciertos hacia los que no iba dirigida la conducta, pero que interactúan con ese contenido abstraídos del contexto de su formulación.⁵⁹ Internet no es una conversación informal o, al menos, las consecuencias comunicativas de las expresiones allí vertidas no son las propias de aquellas.

En un mundo o espacio físico, el emisor de un mensaje o de un determinado comportamiento externo es capaz de delimitar, si bien, no de manera plena, el espacio y el tiempo en los que su conducta tendrá efectos. En cambio, en opinión de MIRÓ LLINARES,⁶⁰ dicha delimitación en el *ciberespacio* es francamente imposible. Sin duda, uno de los ejemplos más expresivos de dicho carácter es la proliferación de un virus informático mediante las cadenas de correos electrónicos; sin embargo, un mensaje lesivo también es capaz de generar efectos en espacios y tiempo indeterminados; con mayor razón, si cabe, pues un virus puede ser inhabilitado, pero una idea, a pesar de que el mensaje se elimine, puede mutar en un sinnúmero de formas.

2.3. La determinación de los hechos, la identificación de autor y la localización de la conducta en las redes sociales.

Junto a los elementos intrínsecos del *ciberespacio*, los caracteres extrínsecos se aprecian trascendentes en cuanto a la investigación de los cibercrímenes.⁶¹ La forma de averiguar el hecho punible y de conocer la identidad del autor, la prueba y el lugar en que el hecho típico ha sido cometido, unido a la facilidad de conseguir el anonimato en las redes sociales y de eliminar rastros de la comisión de hechos delictivos suponen los retos más sofisticados a los que debe enfrentarse la investigación policial y judicial. Junto a esto, el carácter transnacional de muchas conductas supone la ruptura del elemento territorial que hemos tratado más arriba, puesto que la información puede partir de un Estado, transmitirse por otros y acabar en una pluralidad de países.⁶²

⁵⁸ A simple título de ejemplo, Pedro Sánchez, Secretario General del PSOE publicó este tweet en el año 2010, cuando aún no ostentaba dicho cargo y, en 2014, salió publicado en algunos medios de comunicación y en las propias redes sociales, donde criticaban sus errores gramaticales.

⁵⁹ Miró Llinares, op cit. Pág. 8.

⁶⁰ *Ibidem*, Miró Llinares. Pág. 9.

⁶¹ *Ibidem*, Miró Llinares. Pág. 10.

⁶² Rayón Ballesteros, M.C. y Gómez Hernández, J.A. (2014). Cibercrimen: particularidades en su investigación y enjuiciamiento. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, nº 47, Págs. 209-233. Pág. 215.

De la misma manera, la neutralidad de la Web frente a los contenidos en ella insertos, la popularización⁶³ que Internet ha experimentado en la última década al verse realizada la idea del acceso del grueso de la sociedad occidental, y su carácter dinámico, provocan que el *ciberespacio* experimente una continua revolución de su propio interior, obligando al Derecho a adaptarse a sus continuos y sofisticados cambios. A ello debe unirse una diferente concepción de la moralidad y la ética dentro de Internet, marcada, en exclusiva, por los usuarios, y que puede no corresponder a la moralidad pública de la sociedad física en la que se hallan inmersos.⁶⁴

Los elementos procesales más relevantes resultan ser, en consecuencia, tanto la investigación de los hechos y del autor, como el lugar de comisión de la conducta. No obstante, es en la identificación del autor donde más inconvenientes a la investigación y a la prueba de la identidad aparecen. A estos efectos se han creado instrumentos y unidades policiales especializados en la Policía Nacional, Guardia Civil y otros cuerpos dependientes de la Comunidades Autónomas para la persecución e identificación de, entre otras, conductas incitadoras al odio en las redes, como las “Operaciones Araña”⁶⁵ o el “grupo de redes”,⁶⁶ en los que nos detendremos en los capítulos siguientes.

En relación con la identificación de los autores, se aprecia relevante, entre otras técnicas que buscan levantar el velo del anonimato en la Red, los denominados “datos de tráfico”⁶⁷ y los rastros de navegación. Los primeros, pueden ser considerados los más relevantes para la identificación del abonado del servicio de red, si bien, no siempre éste coincide con el usuario que puede publicar o realizar hechos delictivos mediante dicha red. Para ello son importantes las direcciones IP, que podrían ser definidas como el número de identificación de la Red a la que el usuario se encuentra conectado. Ésta, como se ha advertido, permite acudir a la identidad del abonado, pero no siempre (ni solo) es éste quien se conecta a esa red.

Sin embargo, la concepción del anonimato como un elemento negativo no debe ser tal, pues la protección de los propios usuarios frente a posibles conductas delictivas contra ellos o su patrimonio, y la lícita necesidad de ocultación de los datos personales debe ser reconocida a quienes desean acceder a las mismas sin revelarlos.⁶⁸ Se aprecia imprescindible, pues, llegar a una solución intermedia entre la seguridad del Estado y la intimidad de los ciudadanos.

⁶³ Miró Llinares, *Op. Cit.* Pág. 12.

⁶⁴ *Ibidem*, Miró Llinares, Pág. 14.

⁶⁵ Pinheiro, M. (02/03/2017). *Op. Cit.*

⁶⁶ Rodríguez, R. (03/03/2017). Así es la policía que 'vigila' Internet: "La gente cree que todo vale en las redes sociales", *El confidencial*. Recuperado en: https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2017-03-03/redes-sociales-insultos-policia-nacional-silvia-barrera_1340773/

⁶⁷ Rayón Ballesteros, M.C. y Gómez Hernández, J.A. (2014). *Op. Cit.* Pág. 217.

⁶⁸ Morón Lerma, E. (1999). *Internet y Derecho Penal. Hacking y otras conductas ilícitas en la Red*. Pamplona: Aranzadi. Pág. 199. También MIRÓ LLINARES. *Op.cit.* Pág. 26.

Finalmente, desde una perspectiva puramente procesal, es reseñable que las reglas de competencia territorial se ven llamadas a hacer acto de presencia en cuanto al enjuiciamiento de estos delitos, pues se hace imprescindible acudir al tribunal competente. En este sentido, HERNÁNDEZ GUERRERO⁶⁹ señala la importancia de la regla de la ubicuidad para dicha determinación competencial, independientemente de que los agresores y agredidos se aprecien una pluralidad; permitiendo acudir al domicilio del presunto autor, con la facilidad en la instrucción que ello conlleva, así como que permitiría el enjuiciamiento en España a pesar de que el autor se situara fuera del país.

2.4. Una breve referencia a la Teoría de las Actividades Cotidianas.

Como se ha advertido, la especial estructura y caracteres de las redes sociales como una *red social* que agudiza más aún las relaciones interpersonales, pero que puede llegar a aislarnos de nuestro propio entorno físico, es una realidad que debemos abordar también desde una perspectiva jurídico-criminal, pues el *ciberespacio* constituye un lugar nuevo y algo distinto de interconexión entre individuos que ensancha las relaciones personales, haciendo del mundo un lugar cada vez más pequeño, y que acorta los tiempos en busca de la inmediatez.

Por la conjunción de estos elementos, MIRÓ LLINARES señala que cabe la utilización de la Teoría de las Actividades Cotidianas (“rutinarias” en su formulación original criticada por el profesor) para poder comprender la especial categorización de la criminalidad en Internet.⁷⁰ Señala que el *ciberespacio* altera los elementos de la Teoría, si bien, mantiene inmutable su esencia, permaneciendo, además, la forma en que van a parar al evento criminal.

Ante ello, es posible hablar de un *ciberagresor* motivado en el contexto de acercamiento y proximidad entre agresores y víctimas. Internet, en este sentido, actúa como un *multiplicador de fuerza*,⁷¹ ya que es posible que individuos con escasos recursos criminales, sean capaces de generar unos efectos dañinos mucho más potentes en personas o en sus bienes. De la misma manera, un solo agresor, mediante una sola conducta, puede lesionar múltiples objetivos, no necesariamente prefijados por él. Lo relevante en este contexto y que se agudiza más si cabe en las redes sociales es que el agresor introduce un contenido pernicioso, pero es la víctima quien interactúa con él y sufre el daño.⁷²

Asimismo, cabe la determinación en cuanto a la víctima susceptible de ataque, de la delimitación de los posibles objetivos. Por obvio que parezca, no puede atentarse por la Red contra la vida o la salud de los individuos (aún). Por el contrario de lo anterior, las posibilidades de vulneración de bienes jurídicos personales dependerán necesariamente de la “introducción” de dichos bienes en el mundo virtual.

⁶⁹ Hernández Guerrero, F. (2013). Las conductas de acoso por medio de las tecnologías de la información y de las comunicaciones. En *Derecho y redes sociales. Op. Cit.* (485-537). Pág. 529.

⁷⁰ Miró Llinares, F. *Op. Cit.* Pág. 14.

⁷¹ *Ibidem*, Miró Llinares. Pág. 21.

⁷² *Ibidem*, Miró Llinares. Pág. 24.

En este sentido, MIRÓ LLINARES advierte de que los elementos del acrónimo V.I.V.A. (Valor, Inercia, Visibilidad y Acceso)⁷³ no pueden ser extrapolables, *per se*, al *ciberespacio*; salvo el Valor. En consecuencia, propone la formulación del acrónimo I.V.I.,⁷⁴ para la identificación de los tres elementos necesarios para que una víctima sea susceptible de sufrir una conducta delictiva en la Red. El primero de los elementos es la Introducción del bien del individuo en Internet, como ya se ha referido; el segundo es el Valor de este, que permanece inalterable respecto del acrónimo original; y el tercero es la Interacción del usuario en el *ciberespacio*, pues, volviendo a la idea referida en este capítulo acerca de que el mundo virtual no existe si los individuos no interactúan, ésta generará la visibilidad de la víctima y su identificación por el agresor motivado.

El tercer elemento que se analiza de la Teoría de las Actividades Cotidianas es el de los *guardianes capaces y gestores del lugar*.⁷⁵ Tal como se ha referido anteriormente, la concurrencia de los distintos elementos del *ciberespacio* y de las redes sociales, en particular la ruptura del control del contenido permite la dilución de la sensación de riesgo por el agresor, que aprecia que no existen guardianes o que éstos no son capaces de acceder al mundo virtual.

La sensación de impunidad de las redes deriva, necesariamente, de ello. La revolución constante de la Red, el cambio en las estructuras internas de las webs o de los programas informáticos favorecen la pérdida de eficacia de los guardianes. Sin embargo, no son los únicos elementos de defensa, pues los denominados *gestores del lugar*, identificados por MIRÓ LLINARES⁷⁶ como los propietarios de los sitios web, cumplen también una función de autoorganización y autocontrol de su propio contenido, que puede resultar muy compleja cuando los usuarios de aquella son millones de personas.

Puede llegar a ocurrir que, cada vez más, sea la propia Red la que limite los contenidos (autorregulación), y los propios usuarios quienes autocensuren sus comportamientos; pudiendo llegar a suponer una restricción más fuerte que la del Estado;⁷⁷ no en vano, la “Declaración de independencia del *ciberespacio*” con la que iniciábamos este capítulo advertía de que *donde haya errores, los identificaremos y resolveremos por nuestros propios medios. Estamos creando nuestro propio Contrato Social*.⁷⁸ Sin embargo, es imprescindible recordar que no cabe el establecimiento en Internet de menores límites a la libertad que en el mundo físico; pero tampoco mayores. Quizá la intervención pública en el *ciberespacio* deba ser para proteger, también, la Libertad dentro de él.

⁷³ Felson, M. y Clarke, M.V. (2008). La ocasión hace al ladrón. Teoría práctica para la prevención del delito en *Claves del Gobierno Local N° 06*. (193-233). Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local y Diputació de Barcelona. Pág. 198.

⁷⁴ Miró Llinares, *op. Cit.* Pág. 34.

⁷⁵ *Ibidem*, Miró Llinares. Pág. 34 y ss.

⁷⁶ *Ibidem*, Miró Llinares. Págs. 35 y 35.

⁷⁷ Como muestra puede hablarse, en cuanto a la protección de datos, de la “política de privacidad” de Facebook. Un análisis más extenso puede encontrarse en Nieto Martín, A. y Maroto Calatayud, M. (2013). Las redes sociales en Internet como instrumento de control penal: tendencias y límites. En *Derecho y redes sociales. Op. Cit.* (427-485). Págs. 463 y ss.

⁷⁸ Declaración de independencia del ciberespacio, *Op. Cit.*

CAPÍTULO TERCERO. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN FRENTE A OTROS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS POR EL DERECHO PENAL.

La finalidad de este capítulo radica en la distinción de las diferentes figuras delictivas que encuentran “zonas grises” con el ejercicio de la Libertad de Expresión, más aún por su comisión a través de medios informáticos y, más especialmente, en las redes sociales. Se han escogido algunos de los que más trascendencia judicial han presentado, de tal manera que “no están todos los que son, pero sí son todos los que están”. Del mismo modo, no es nuestra intención el análisis completo de los tipos, sino, sobre todo, de los elementos que pueden suponer una conexión más fuerte con los elementos examinados en los dos capítulos anteriores.

De esta manera, se examinarán, en primer lugar, los delitos contra el honor: injurias y calumnias; en segundo lugar, los delitos por motivos odio en atención al racismo, xenofobia y discriminación y, en tercer lugar, los de humillación a las víctimas y enaltecimiento del terrorismo. Todo ello, tratando de comprender los bienes jurídicos protegidos por todos ellos, a fin de determinar su encaje con la Libertad de Expresión ejercitada en el ámbito de la Red, y atendiendo a las especiales características de las redes sociales en la especificación de las conductas examinadas.

3.1. Delitos contra el Honor vs. Libertad de Expresión.

A efectos de poder comprender los delitos que entran en juego con la expresión de las ideas u opiniones en la Red, es imprescindible partir de la configuración del bien jurídico que protegen los delitos de injurias y calumnias, debiendo quedar fijado que, por profunda que sea la revolución tecnológica, los Derechos Fundamentales, si bien cambian en su concepción histórica, no lo hacen en el espacio.⁷⁹ De tal manera que no cabe la configuración de un bien jurídico distinto en el *ciberespacio* del que cabría en el mundo físico, por mucho que, como se ha advertido, la ética y la moral en Internet queden delimitadas de manera más volátil por los usuarios.⁸⁰

Por su parte, ÁLVAREZ GARCÍA aprecia como referencia del derecho al honor *no a un arquetipo de persona*,⁸¹ sino al individuo como tal, con sus caracteres y su contexto. El honor de una persona y, en consecuencia, el límite jurídico de su actuación frente a él dependerá, entre otros, de su ámbito social y profesional, que son los elementos delimitadores de la extensión que el propio sujeto ofrece hacia el exterior.

⁷⁹ Vives Antón, T. (2016). Delitos contra el honor, en *Derecho Penal Parte Especial*, (299-311), Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 299.

⁸⁰ Miró Llinars, *Op. Cit.* Pág. 14

⁸¹ Álvarez García, F.J. (1999). *El derecho al Honor y las libertades de información y expresión*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 38.

Así, el honor, en opinión de BERNAL DEL CASTILLO,⁸² representa un valor anterior a cualquier formulación positiva del mismo, por lo que cabe apreciar en él un derecho natural con una doble dimensión individual y social; es decir, su protección debería abarcar tanto la estima propia como la dimensión social que va más allá de la individual. En adición, VIVES ANTÓN defiende que el abandono de la idea de honor como elemento diferenciador de la posición social o política de las personas, en el Estado moderno, acaba difuminándose y *concentrándose en lo que es común para todos: la dignidad*.⁸³

De esta manera, tanto las injurias como las calumnias exigen diferenciar la existencia de dos ámbitos: la autoestima y la heteroestima,⁸⁴ ambos intrínsecamente vinculados a la dignidad personal derivada del artículo 10.1 de la Constitución. En este sentido, la autoestima, como dimensión interna del honor, contiene el respeto como individuo por el hecho de serlo, sin más exigencias.⁸⁵ Por otro lado, la heteroestima, la dimensión social, se erige en la forma en que el individuo aparece ante la sociedad como un *semejante*, lo que le permite participar en los sistemas sociales.

En consecuencia, la lesión al bien jurídico viene determinada por la cualidad tal de las afirmaciones que suponga alterar las condiciones del individuo de intervenir en las relaciones sociales o que ataquen el *mínimum* de la dignidad humana. Solo en esos casos puede hablarse de una verdadera lesión del bien jurídico, sin que la mera falsedad de las afirmaciones sea suficiente para apreciar su vulneración. Ello conduce, inexorablemente, a la circunstancialidad de las injurias, que permite apreciar la comisión de un delito con unas mismas expresiones; pero en contextos distintos, determinar su atipicidad.

Del mismo modo, aunque la dignidad personal es igual para todas las personas,⁸⁶ no es lo mismo la exigencia en el trato a la dignidad de un niño que a la de un adulto, asimismo, tampoco puede apreciarse identidad en las críticas formuladas a una persona pública que a un particular. En este sentido, las redes sociales, al permitir la más fácil conexión entre personajes públicos y anónimos, se aprecian un lugar idóneo para que los primeros sean blanco de los ataques de los segundos sintiéndose impunes por el anonimato ante la falta de percepción de *guardianes capaces*.⁸⁷

3.1.1. Las Injurias a través de las redes sociales.

A fin de poder atraer el estudio de esta figura delictiva al espacio comisivo de las redes sociales, será más útil su conocimiento en base a los pronunciamientos judiciales de gran interés que se han producido sobre este ámbito. La injuria viene tipificada en el artículo 208 CP desde un amplio conjunto de comportamientos que presentan la aptitud e intención de lesionar la dignidad en el sentido que apreciábamos *supra*.

⁸² Bernal del Castillo, J. (1994). *Honor, verdad e información*. Oviedo: Universidad de Oviedo. Pág. 21.

⁸³ Vives Antón, T. (2016). *Op. Cit.* Pág. 300.

⁸⁴ También Mestre Delgado, E. (2016). Delitos contra el honor, en *Delitos, la parte especial del Derecho Penal*, (237-354). Madrid: Dykinson. Pág. 237. O Vives Antón, T. *Op. Cit.* Pág. 300.

⁸⁵ Álvarez García, F.J. *Op. Cit.* Págs. 164 y ss.

⁸⁶ *Ibidem*, Álvarez García. Pág. 301.

⁸⁷ Miró Llinares, *Op. Cit.* Pág. 34.

Además, existen otras figuras agravadas por la especialidad del sujeto pasivo, como las injurias contra la Corona, que lo son en realidad contra las “reales personas”,⁸⁸ contra el Gobierno o las Cortes Generales. Los actos típicos engloban tanto las acciones verbales como las actuaciones materiales, lo que GARRIDO PEÑA identifica como actos semióticos en su conjunto,⁸⁹ es decir, tanto expresiones como imágenes que suponen la exteriorización de una intencionalidad.

Ello determina que, por ejemplo, con la publicación de una imagen ofensiva, también se realice el hecho típico, y por ello suele diferenciarse entre acciones y expresiones injuriosas. Por sus especiales características, ya señalamos que las redes son capaces de perpetuar una actuación que se apreciaba efímera. Esta aptitud cobra especial relevancia en nuestro ámbito, pues la realización de una acción injuriosa, comprendida como la realización gestual de la ofensa, quedaría fijada, por ejemplo, a efectos probatorios y de difusión.

Asimismo, resulta relevante que el Código, al tipificar solo las injurias graves, no delimita con precisión dónde se encuentra la gravedad, sino que obliga al juzgador a determinar qué es lo que la sociedad considera o no grave.⁹⁰ Atendiendo, de nuevo, a los caracteres de la Red, ¿no es cierto que en el *cibespacio* la gravedad puede ser distinta al espacio físico? ¿es asimilable, en gravedad, que un usuario escriba una frase hiriente burlándose de la muerte de un torero en una red social a que la exprese físicamente ante la viuda? La indeterminación del tipo genera que, en uno u otro caso, la expresión pueda no ser subsumida.⁹¹

Además, las injurias también se diferencian en función de si suponen la imputación de hechos falsos o si implican juicios de valor insultantes. Como recuerda VIVES ANTÓN,⁹² la distinción cobra especial relevancia, pues diferencia entre opiniones y hechos; donde solo los segundos son contrastables. Sin embargo, se encuentran divididas por una muy delgada línea que las hace difícilmente separables; más aún si eliminamos del contexto de formulación un texto mayor en el que se encuentren incluidas, como ocurre en redes sociales como Twitter, donde sus 280 caracteres en ocasiones no permiten acudir al mensaje en su conjunto.⁹³

⁸⁸ Ramos Fernández, F. (2007). El secuestro de El Jueves y las injurias periodísticas a la corona, un injustificable ataque a la Libertad de Expresión. *Ámbitos. Revista Internacional de Comunicación*, 16, 151-186. Pág. 155.

⁸⁹ Garrido Peña, F. (1998). Sobre el delito de injurias y los actos semióticos preformativos, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 21, vol. I, Págs. 271-299. Pág. 288.

⁹⁰ Vives Antón, T. *Op Cit.* Pág. 306.

⁹¹ Puede acudirse a la addenda de este trabajo para examinar algunos mensajes en redes contra el torero Víctor Barrio.

⁹² *Ibidem*, Vives Antón. Pág. 306.

⁹³ La Red social Twitter tiene limitada, desde su inicio, la introducción de texto a 140 caracteres, incluyendo en ellos los espacios en blanco y signos de puntuación. Si bien, en 2017, aumentó el límite a 280. Jiménez Cano, R. (08/11/2017). Twitter aumenta el límite a 280 caracteres para todos los usuarios, *El País*. Recuperado en https://elpais.com/tecnologia/2017/11/07/actualidad/1510037858_189762.html

En este sentido, y pese a que su comisión no se efectuó por redes sociales sino por medios radiofónicos, es relevante hacer referencia a la reciente sentencia del TEDH de 14 junio de 2016 *caso Jiménez Losantos contra España* en la que se obligaba a nuestro país a indemnizar al periodista porque fue condenado como autor de un delito de injurias graves continuadas y con publicidad contra Alberto Ruíz Gallardón por no investigar el 11-M.

En este caso, el contexto en el que fueron vertidas las expresiones consideradas por los tribunales españoles como injuriosas fue determinante para que el Tribunal Europeo apreciara una vulneración del derecho a la Libertad de Expresión. Esta sentencia ofrece un elemento trascendente a tener en cuenta, pues, al diferenciar entre la imputación de hechos y la expresión de opiniones, encuentra ambas conductas fundamentadas en los primeros. Así, el tribunal determina que, para apreciar la proporcionalidad en que un ciudadano puede expresar un juicio de valor sobre, en este caso, un personaje público, debe atenderse a la existencia de una mínima base fáctica.⁹⁴

De la misma manera, el Tribunal recuerda que, para la distinción entre ambos, es imprescindible acudir a las *circunstancias del caso* y al *tono general de los comentarios*. Y concluye que las afirmaciones referidas a asuntos públicos deben entenderse antes como juicios de valor que como imputación de hechos. De ahí la trascendencia del contexto de la formulación. En este sentido, vuelven a ser relevantes los elementos configuradores de la Red, pues, si partimos de que constituye un espacio diferente, pero no abstraído al espacio físico, ¿debemos concluir que el contexto en el que se publican comentarios hirientes en las redes debe comprender tanto el físico como el virtual? El usuario se sitúa en ambos, pero su publicación se inserta en un lugar que le impide controlarla en el tiempo y en el espacio.

En este sentido, ante la repercusión que el caso presentó en redes sociales, el tuitero “Ximi” fue condenado en 2014 como autor de un delito de injurias graves con publicidad al inducir, en Facebook y Twitter, una campaña contra la entonces Delegada del Gobierno en la Comunidad de Madrid, Cristina Cifuentes, al reconocerse como uno de los iniciadores de una actuación colectiva que buscaba la repetición constante de las expresiones “calla, puta, que no tienes dignidad”, logrando una repercusión nada desdeñable, y quedando acreditado en autos que, al menos, 44 usuarios de Twitter, se dedicaron a publicar comentarios contra ella en los mismos términos por un “evento”⁹⁵ creado por él en Facebook.⁹⁶

⁹⁴ *la materialidad de las declaraciones de hecho puede probarse; por el contrario, los juicios de valor no se prestan a una demostración de su exactitud, siendo imposible cumplir con la obligación de la prueba y vulnera la libertad de opinión en sí misma, [...]. Sin embargo, en el caso de los juicios de valor, la proporcionalidad de la injerencia depende de la existencia de una “base fáctica suficiente” en que están basados los comentarios cuestionados: en su defecto, este juicio de valor podría parecer excesivo.* STEDH de 14 junio de 2016 (TEDH 2016\51)

⁹⁵ *Los eventos te permiten organizar encuentros en el mundo real con las personas que están en Facebook y responder a ellos. Puedes crear un evento o asistir a uno por cualquier motivo, desde una fiesta sorpresa de cumpleaños a una recaudación de fondos. Cuando creas un evento, puedes controlar quién lo ve o se une a él.* Fuente. Servicio de ayuda de Facebook. Recuperado en: https://www.facebook.com/help/1076296042409786/?helpref=hc_fnav

⁹⁶ Sentencia del Juzgado de lo penal de Madrid 169/2014 de 6 mayo. (JUR 2014\217380)

La sentencia, que fue dictada en conformidad, como otras en este ámbito,⁹⁷ enlaza, además, con la condena a un usuario en 2013, en este caso, que creó una página web; por publicar insultos contra el Senador José Antonio Monago. En ambos casos, los acusados fueron condenados a una pena de multa y, en los dos, se apreció la concurrencia de publicidad. Puede resultar obvio referirlo, pero la mera comisión de estos delitos por Internet, (tanto injurias como calumnias) ya supone, por sí misma, la concurrencia de publicidad del artículo 211 CP, pues presume la misma al haberla efectuado mediante *la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante*. Dadas las especiales características ya explicitadas de las redes sociales y de Internet, la eficacia de este medio, más que semejante, se aprecia muy potenciada, pues actúa como un *multiplicador de fuerza*⁹⁸ en palabras ya referidas *supra* de MIRÓ LLINARES.

3.2.2. Las Calumnias a través de las redes sociales.

La calumnia, por especialidad respecto de la injuria, consiste, volviendo a la distinción entre la imputación de hechos y expresión de juicios de valor, en la primera conducta respecto de un delito *con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad*. Ello supone, por un lado, que el grueso de los elementos típicos y de la especial trascendencia que su comisión tiene en redes sociales, ya ha sido examinado en la injuria. De esta manera, MACIÁ GÓMEZ defiende que no es calumnia la adjetivación de una persona como “ladrón”, sino que lo es *decir que X robó un coche*.⁹⁹ En este caso, el artículo 207 CP la *exceptio veritatis* exime de responsabilidad penal por la demostración de la imputación fáctica. Así, en opinión de MUÑOZ CONDE,¹⁰⁰ se debe ser capaz de probar que no se realizaba tal imputación *con temerario desprecio a la verdad*, sino que creía, sinceramente, los hechos que imputaba.

La comisión de este delito en redes sociales no varía significativamente de su comisión en el espacio físico más que por la determinación de la publicidad. Resulta relevante volver a los que señalábamos en el Capítulo Segundo, donde acudíamos a la idea de que las redes sociales, aunque en ocasiones ofrezcan la tentación de serlo, no son “la barra de un bar” donde las expresiones desaparecen en el aire, sino un lugar público. Sin embargo, ¿algunos usuarios son realmente conscientes de ello cuando publican mensajes en ellas?

Sin conocer aquí el contexto de formulación, resulta pertinente atraer el caso enjuiciado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora núm. 70/2017 de 19 octubre en el que un vecino de un pequeño pueblo zamorano decidió escribir en Facebook afirmaciones como “en mi pueblo llevan contando meses cómo la alcaldesa presuntamente se mete dinero público pal bolsillo...”; “en el Ayuntamiento de Villanueva pone a tu disposición el dinero del pueblo para probar con uno u otro tipo de denuncia, ya da igual...”, “que tu si quieres te quedas con la barra del salón, nadie dirá nada, ya sabes \$\$\$”.

⁹⁷ Véase Agencia de El País en Jaén. (07/02/2018). Condenado a pagar 480 euros por publicar en Instagram un montaje de la imagen de Cristo con su cara, *El País*. Recuperado en: https://politica.elpais.com/politica/2018/02/07/diario_de_espana/1518019966_395726.html

⁹⁸ Miró Llinares. *Op. Cit.* Pág. 23.

⁹⁹ Maciá Gómez, R. (1997). *El delito de injuria*, Barcelona: CEDECS. Pág. 179.

¹⁰⁰ Muñoz Conde, F. (2017). *Derecho Penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 272.

El usuario fue condenado en primera instancia y confirmada la sentencia en apelación, como autor de un delito de calumnias con publicidad a la pena de multa. El Tribunal señala que, al formular hechos y, de manera más relevante aquí, al publicarlos, debía haber contrastado mínimamente la “información” que divulgaba antes de publicarla, lo que supone la determinación de un manifiesto desprecio a la verdad.

En este caso, si las expresiones no hubieran quedado fijadas en la red social por la gratuidad de su acceso (de la misma manera que podrían haberlo hecho en un soporte físico como pasquines, periódicos o cartas), quizá, no podría haberse probado la expresión; o, incluso, no habría llegado a la ofendida.

3.2. Racismo, xenofobia y discriminación vs. Libertad de Expresión.

El crecimiento de opciones políticas como el Frente Nacional de Marine Le Pen en Francia, que llegó a la segunda vuelta de las elecciones presidenciales,¹⁰¹ y el auge de discursos antiinmigración como el de Donald Trump,¹⁰² no son más que llamativos ejemplos. En España, si bien han obtenido representación residual, existen partidos políticos y organizaciones que se basan en la exclusión de los inmigrantes como España 2000 o el partido de Josep Anglada, Plataforma Per Catalunya (PxC).¹⁰³

Ambos, como muchos otros grupos no organizados como partidos, utilizan las redes sociales para lograr una mayor repercusión de la que podrían haber tenido por otros medios. La gratuidad y fácil acceso a éstas, unida a sus caracteres de amplificadoras de mensajes, son un espacio perfecto para difundir estas ideas de manera fácil y anónima.¹⁰⁴

Como señalábamos en el Capítulo Primero, la tipificación de las conductas racistas y xenófobas contiene un elemento de gran trascendencia penal: la propagación, incitación, o justificación del odio basado en la intolerancia, en definitiva, el *discurso del odio*. Ante esta perspectiva, en 2015, España ratificó el *Protocolo adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos*, en cuyos considerandos, el Consejo de Europa se muestra preocupado por la mala utilización de los medios informáticos para la difusión de la propaganda racista y xenófoba. En este sentido, obliga a los Estados a tipificar una pluralidad de conductas, permitiendo a los mismos, en algunas de ellas, la posible inclusión de elementos típicos destinados a situar al sujeto pasivo en una situación de *odio, desprecio o ridículo*, por ejemplo.

¹⁰¹ Véase Bassets, M. (01/05/2017). El muro contra Marine Le Pen muestra fisuras. *El País*. Recuperado en: https://elpais.com/internacional/2017/04/30/actualidad/1493571543_841344.html?rel=str_articulo#1525616166817

¹⁰² Vado, Marta. (30/06/2017). Donald Trump empieza a aplicar su política antiinmigrantes. Cadena Ser. Recuperado en: http://cadenaser.com/ser/2017/06/30/internacional/1498800223_265107.html

¹⁰³ Terrádez Salom, D. (2013). Formaciones políticas racistas y xenófobas: aproximación al uso de las redes sociales. Libertad de Expresión versus abuso de derecho. En *Libertad de Expresión e información en Internet. Op. Cit.* (259-282). Pág. 268.

¹⁰⁴ Recuérdese Miró Llinares, *Op. Cit.* Págs. 23 y 4 y ss.

3.3.1. El Delito de odio del artículo 510 CP a través de las redes sociales.

Ante lo anterior, siguiendo la Decisión Marco 2008/913/JAI y la STC 235/2007 de 7 de noviembre,¹⁰⁵ el artículo 510 CP tipifica el conocido como *delito de odio* dentro de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los Derechos Fundamentales y libertades públicas. A pesar de tal denominación, debe quedar reflejado de nuevo aquí que, como ya se expresó en el Capítulo Primero, no está tipificado el hecho de odiar, sino la exteriorización hiriente, violenta u ofensiva del odio. De ahí la especial tipificación de estas conductas en espacios tan aptos para herir como las redes sociales.

Por ello, el apartado 3 del artículo 510 agrava las penas previstas imponiéndolas en la mitad superior si se cometen a través de medios de comunicación social, Internet o el uso de tecnologías de la información, especificando, *de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas*. Elemento criticado por parte de la doctrina, como LAMARCA PÉREZ, quien considera que el efecto de la publicidad ya se encuentra incluido como elemento típico. Además, debe comprenderse, en su opinión, que la utilización de estos medios es *consustancial a los modernos usos de divulgación*.¹⁰⁶

Ante la literalidad del precepto, bastaría la mera publicación en una cuenta de Twitter con un seguidor pues, como se ha advertido más arriba, las posibilidades de difusión, acceso y publicidad en redes, dependen de su estructura, y la interacción con el contenido puede realizarse en momentos ajenos a su formulación; de tal manera que dicho contenido, al haber sido publicado en la Red, es accesible sin prácticamente límites. Por pocos seguidores que posea el usuario, éstos pueden *retuitearlo*, compartiendo el contenido como propio o citándolo.¹⁰⁷ Incluso, puede accederse a él desde una búsqueda general en Google.

Señalado este elemento trascendente a efectos de redes sociales, es imprescindible acudir a los elementos típicos de la conducta a los efectos de su comisión en la Red, habiendo sido caracterizada por el Tribunal Supremo como de peligro.¹⁰⁸ El apartado 1 del artículo 510 CP castiga con pena de prisión de entre 1 y 4 años y multa de 6 a 12 meses las conductas consistentes en (a) fomentar, promover o incitar públicamente, también las de (b) producir, elaborar o poseer con fines de distribución escritos u otro tipo de materiales, asimismo, las de (c) negar, trivializar gravemente o enaltecer los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

Todas ellas con la intención de provocar directa o indirectamente *la discriminación, el odio, hostilidad o violencia contra un grupo, una parte del mismo o una persona que pertenezca a él por razones racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza o nación, su sexo, orientación o identidad sexuales, por razones de género, enfermedad o discapacidad*.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Exposición de Motivos de la LO 1/2015 de reforma del Código Penal.

¹⁰⁶ Lamarca Pérez, C. (2016). *Op. Cit.* Pág. 943.

¹⁰⁷ STS 706/2017.

¹⁰⁸ STS 72/2018 de 9 febrero (RJ 2018\420) FJ Único.

¹⁰⁹ Lamarca Pérez, C. (2016). *Op. Cit.* Pág. 942.

En este sentido, MUÑOZ CONDE recuerda que, al incluir el tipo la posibilidad de provocación indirecta va más allá de la conducta descrita en el artículo 18 CP, pues es típica la provocación *mediat[a] a la discriminación, al odio o a la violencia*.¹¹⁰ Asimismo, recuerda LAMARCA PÉREZ, la incitación de estas conductas contra las mujeres también constituye el hecho típico.¹¹¹ Por otro lado, el apartado 2.a. del artículo 510 CP castiga con pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para cargo público a quienes lesionen la dignidad de los sujetos pasivos citados a través de acciones humillantes, de menosprecio o descrédito.

Asimismo, castiga la producción, elaboración, facilitación del acceso a terceros, distribución, difusión o venta de escritos o cualquier otra clase de material o soporte cuyo contenido sea idóneo para la conducta lesiva de la dignidad de los sujetos protegidos. En conjunto, el apartado 2.b. del mismo artículo castiga el enaltecimiento o justificación de los delitos contra los sujetos protegidos citados y por los motivos expuestos. De esta manera, sanciona la publicación de este tipo de mensajes por *cualquier medio de expresión pública o de difusión*, incluido Internet.

Sin entrar a la forma en que han sido tipificadas estas conductas, pues debemos considerar que ello no forma parte del presente trabajo, no pueden pasar desapercibidas las críticas recibidas por una parte importante de la doctrina como PORTILLA CONTRERAS,¹¹² quien considera que la caracterización de tales conductas supone que quienes se sienten identificados con la revista Charlie Hebdo en defensa de la Libertad de Expresión por las caricaturas de Mahoma, son quienes castigan una conducta que supondría la cárcel para los autores de esas viñetas.

En este sentido, LAMARCA PÉREZ recuerda que, entre las conductas sancionadas, se encuentra la incitación al odio, que no deja de aludir a *sentimientos y emociones, y no a acciones*, lo que supone su contradicción con los principios de legalidad y de intervención mínima. Así las cosas, ALCÁCER GUIRAO¹¹³ señala que el discurso del odio no puede ser considerado un límite absoluto a la Libertad de Expresión, *máxime*, cuando los mensajes se vierten en el contexto del debate político.

La contextualización del mensaje se convierte, de nuevo, en un elemento trascendente y, en consecuencia, se ve afectado por los caracteres de las redes sociales. Hemos de repetir la cuestión ya planteada *supra*: ¿cuál es el contexto a tener en cuenta, el físico, el virtual o ambos?

¹¹⁰ Muñoz Conde, F. *Op. Cit.* Pág. 702.

¹¹¹ Lamarca Pérez, C. (2016). *Op. Cit.* Págs. 942 y 943.

¹¹² Portilla Contreras, G. (2015). La represión penal del “discurso del odio”, en Comentario a la reforma penal de 2015, Thomson Reuters-Aranzadi. [Recurso electrónico]. También citado por Cuerda Arnau, M. L. (2016). *Op. Cit.* Pág. 720.

¹¹³ Alcácer Guirao, *Op. Cit.* Pág. 12.

3.3.2. El caso del tuitero condenado por mensajes contra las mujeres.

De nuevo aquí, es imprescindible acudir a la realidad jurisprudencial para conocer cómo interpretan los tribunales las conductas incitadoras al odio. En este sentido, la STS de 9 febrero de 2018 ¹¹⁴ en la que confirmaba la condena por delito de odio a un usuario de Twitter, pero anulaba la de enaltecimiento del terrorismo es un claro ejemplo de que, ni lo amoral ni lo políticamente incorrecto a veces sirven para justificar determinadas expresiones.

El caso trata sobre un usuario, titular de dos cuentas en la red social Twitter, en la que, en fechas variadas, publicó (debiendo advertir de su crudeza por nuestra parte) mensajes como los que siguen:

- “53 asesinadas por violencia de género machista en lo que va de año, pocas me parecen con la de putas que hay sueltas.”
- “Y 2015 finalizará con 56 asesinadas, no es una buena marca pero se hizo lo que se pudo, a ver si en 2016 doblamos esa cifra, gracias”
- “Marta del Castillo era feminista y se tiró al río porque las mujeres se mojan por la igualdad.”
- “A mi me gusta follar contra la encimera y los fogones, porque pongo a la mujer en su sitio por parte doble.”
- (Compartiendo la imagen de una mujer) “Ya la he maltratado, tu eres la siguiente.”

El carácter, cuanto menos provocador, de los mensajes generó varias denuncias de ciudadanos que interactuaron con dichos contenidos en Zamora y Santa Cruz de Tenerife, lo que provocó la intervención del “grupo de redes II” de la Policía Nacional, encargado, desde 2006, de investigar los delitos cometidos con ocasión del uso de estas. En este contexto, la propia red social bloqueó la cuenta del usuario, mediante el propio “autocontrol” al que hacíamos referencia en el Capítulo Segundo, lo que generó que publicara otros comentarios en su segunda cuenta.¹¹⁵

La sentencia parcialmente casada de la Audiencia Nacional refleja las dificultades en la investigación e identificación del usuario, al que llegaron, según relatan los fundamentos de hecho, a través de su pareja. Es reseñable, además, que en los mismos hechos se hace referencia a que el usuario tenía alrededor de dos mil seguidores, y que esta red social cuenta con cinco millones de usuarios; si bien, el Tribunal Supremo, no aprecia la publicidad de la conducta en ello, sino en la mera comisión por Internet. Ello es relevante porque, y antes de entrar en la fundamentación, debemos destacar que la AN “se olvida” de aplicar las agravantes previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 510 CP ya examinadas sobre la utilización de Internet, trayendo causa de ello el recurso de casación del Ministerio Fiscal.

¹¹⁴ STS 72/2018 (RJ 2018\420).

¹¹⁵ Hechos probados de la STS 72/2018.

En relación con la calificación de los hechos, el Tribunal recuerda que *[e]l elemento nuclear del hecho delictivo consiste en la expresión de epítetos, calificativos, o expresiones, que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica.*¹¹⁶ Señala que la antijuridicidad viene otorgada por el mero discurso contrario a la convivencia, y que *por eso es considerado lesivo*. Este discurso contrario a la convivencia, señala, es el “discurso del odio”. Aduce, que la inclusión de elementos de dicho discurso *ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación*, es decir, del tipo.

Es por ello por lo que, ante tal amplitud, y tal como se advertía más arriba, el Tribunal acude al contexto, a las circunstancias del caso. Y es ahí donde determina, acogiendo la decisión en este ámbito de la AN, que las expresiones sí son incardinables en el tipo. Aquí es pertinente atraer la sentencia de la AN parcialmente casada por cuanto refleja la justificación de tal subsunción.¹¹⁷ Ésta evidencia de manera expresiva la sensación de los juzgadores al tratar la justificación en el juicio oral del tuitero, quien alegó que los mensajes contra las mujeres habían sido publicados por él para dar publicidad a una noticia relacionada con la violencia machista que, aseguraba, no había tenido difusión suficiente.

Ante ello, el tribunal se muestra, literalmente, *perplejo y demudado*.¹¹⁸ Y alega que los mensajes enjuiciados *rezuman* un trato discriminatorio, considerando a las mujeres como inferiores a los hombres. Asimismo, considera que, con la publicación de tales mensajes, *alimenta la explicación a los fatales desenlaces acontecidos a las mismas, que contabiliza, llegando a la conclusión de que se pueden aumentar*, en referencia al mensaje en el que el usuario se lamenta de que no haya más mujeres asesinadas.

Finalmente, y como elemento que puede resultar muy relevante en el ámbito, el Tribunal Supremo, al tratar el motivo del recurso del condenado por la AN sobre la falta de dolo, parece, o al menos así podría llegar a apreciarse, que deja una puerta abierta a la atipicidad de algunos mensajes puntuales, pues reconoce la intención subjetiva en la publicación, en varias fechas, de los mensajes ofensivos. El Tribunal determina que, por la reiteración, no se trata de *un acto puntual, incontrolado e involuntario*, pudiendo haber quedado excluido el mismo si se tratara *de una situación incontrolada o una reacción momentánea, incluso emocional, ante una circunstancia que el sujeto no ha sido capaz de controlar*. A *sensu contrario*, y sin otros elementos que puedan ayudar al contexto, algo no infrecuente en estos casos, como se ha tenido ocasión de advertir, ¿un solo mensaje en redes bastaría para apreciar la intención dolosa de la posible conducta delictiva?

¹¹⁶ STS 72/2018, FD Único.

¹¹⁷ SAN 2/2017 de 26 enero. (ARP 2017/31).

¹¹⁸ SAN 2/2017, FD. 2º.

3.4. TweekTterrorismo.

El terrorismo es uno de los principales problemas de las sociedades occidentales, y un reto en cuanto a su lucha con las nuevas tecnologías. Históricamente, la legislación española ha venido castigando las variadas conductas a su alrededor, buscando llegar a inhabilitar a quienes iban a atentar o impedir la propagación de la ideología violenta en la expresión política.

El terrorismo es *violencia, pero violencia fundamentalmente política*.¹¹⁹ Por ello, el artículo 573 CP ofrece una definición de terrorismo que amplía las interpretaciones del mismo,¹²⁰ al considerarlo como *la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad o indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías*, así como los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quáter, cuando se llevaran a cabo con alguna de las cuatro finalidades especificadas en él.

Éstas son: 1. Subvertir el orden constitucional o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones públicas, 2. Alterar gravemente la paz pública, 3. Desestabilizar gravemente el funcionamiento de alguna organización internacional o 4. Provocar un estado de terror en la población.

De esta manera, las conductas ubicadas en los artículos 573 y ss., incluidas las de enaltecimiento y humillación a las víctimas, que examinamos en este apartado, se configuran como tipos pluriofensivos, donde, por un lado, y de manera inmediata, se vulneran bienes jurídicos individuales (vida, integridad física, libertad, dignidad, etc.) y, por el otro, y de modo mediato, otros colectivos relacionados con la defensa del orden constitucional y de la paz social.¹²¹

3.4.1. Enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas a través de las redes sociales.

En este contexto, la doctrina científica¹²² y constitucional¹²³ coincidían en que el delito de apología, antes de la reforma del Código de 2015, no constituía un delito de terrorismo, con la consiguiente inaplicación de las suspensiones de derechos fundamentales durante el proceso penal. Sin embargo, con la citada reforma, el apartado 3 del artículo 573 CP incluye a todos los delitos del Capítulo como de terrorismo; y así, el enaltecimiento y humillación a las víctimas. Cuestión ampliamente controvertida.¹²⁴

¹¹⁹ Lamarca Pérez, C. (2016). *Op. Cit.* Pág. 990.

¹²⁰ Cuerda Arnau, M.L (2016). *Op. Cit.* Págs. 766 y ss.

¹²¹ Lamarca Pérez, C. (2016). *Op. Cit.* Pág. 993.

¹²² Lamarca Pérez, C. (2006). Apología: un residuo de la incriminación de la disidencia, *La ley penal*, núm. 28, año III, junio. Págs. 41-51. Pág. 44

¹²³ STC 199/1987, de 16 de diciembre.

¹²⁴ Véase Muñoz Conde, F. (2017). *Op. Cit.* Pág. 779. O Lamarca Pérez, C. (2016). *Op. Cit.* Pág. 993.

Asimismo, la reforma de 2015 incluye la obligación al juez, en el apartado 4 del artículo 578 CP, de ordenar la destrucción, borrado o inutilización de los archivos, y de retirar los contenidos de Internet, siempre que dicha medida no se considere desproporcionada respecto de la gravedad de la conducta. Sin embargo, se aprecia harto complicado eliminar un contenido que ya ha sido compartido por otros usuarios, precisamente por la naturaleza misma de las redes sociales. Además, del mismo modo que las anteriores conductas examinadas, la publicación de los mensajes en Internet supone, por sí mismo, y aunque no hayan sido visualizados por otros usuarios, la agravación de la pena en su mitad superior.

Por otro lado, el delito previsto en el artículo 578 CP plantea varios elementos de discusión en cuanto a su configuración, más aún por la evolución histórica de su punición. De esta manera, de estar considerada como una conducta no autónoma y encuadrada en la apología con la exigencia típica de la incitación directa a delinquir, pues se incorporaba al artículo 18.1. CP,¹²⁵ pasa, desde la reforma del año 2000¹²⁶ a estar configurado como un tipo autónomo, que ya no exigía expresamente la incitación directa, y que acogía, como ahora, dos conductas distintas:

1. El enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución y 2. La realización de actos que impliquen descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares.

3.4.1.1. El Enaltecimiento del terrorismo a través de las redes sociales.

Por un lado, el enaltecimiento no debe entenderse como el mero *elogio, alabanza o la defensa de ideas o doctrinas por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni menos aún, prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad.*¹²⁷ De esta manera, debe consistir en una conducta superior a una mera expresión de satisfacción.¹²⁸

Es por ello por lo que la acción típica debe consistir en una exaltación de los actos terroristas ya realizados o de sus autores, y no basta la mera comunión ideológica explicitada. Nos encontramos, pues, ante *una forma de cooperación ex post facto.*¹²⁹ Asimismo, el artículo 578 se refiere, además, a la justificación de las conductas, suponiendo, en opinión de LAMARCA PÉREZ, algo más que a la mera explicación de esta en el sentido de que, considera, requiere un especial interés en “probar la justicia” del acto cometido, haciéndolo aparecer ante la sociedad como concordantes a las ideas de licitud.¹³⁰

¹²⁵ Lamarca Pérez, C. (2006). *Op. Cit.* Pág. 43.

¹²⁶ Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo.

¹²⁷ Exposición de motivos LO 7/2000.

¹²⁸ Lamarca Pérez, C. (2006). *Op. Cit.* Pág. 45.

¹²⁹ Lamarca Pérez, C. (2011). *Op. Cit.* Pág. 999.

¹³⁰ STS 354/2017, de 17 de mayo (RJ 2017, 2540)

Sin embargo, con ello solo no basta para apreciar la constitucionalidad del tipo pues, el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 112/2016, señala que éste exige *una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades* que, además, debe ser abarcado por el dolo del autor; de tal manera que, si los elementos objetivos citados se dan, pero no la situación de riesgo no cabe su apreciación.

Para ello, el Tribunal Supremo, en su reciente sentencia 79/2018 de 15 febrero, señala que éste debe *entenderse en abstracto como «aptitud» ínsita en la actuación imputada, pero no referida a un concreto delito de terrorismo, acotado en tiempo, espacio, por referencia a personas afectadas*. El Tribunal, confirma en ella la SAN 4/2017 de 21 febrero por la que se condenaba al rapero “Valtòny”, de 24 años en el momento de la sentencia de casación, como autor de los delitos de enaltecimiento del terrorismo, injurias y calumnias contra la Corona y amenazas no condicionales al presidente del Círculo Balear. Todo ello mediante la publicación en su cuenta de YouTube y en varias redes sociales de diversas canciones que contenían expresiones, entre muchas otras, como:

- "Para todos aquellos que tienen miedo cuando arrancan su coche, que sepan que cuando revienten sus costillas, exploten brindaremos con champán"
- “Dudo que próximamente os peguen un tiro en la nuca, quizá cuando el Follonero diga quien tiene la culpa”; "Elijo el camino que me lleva a las cadenas, porque antes como trena que vender a la clase obrera"
- “Cuando digo Gora ETA delante de ETA, delante de un Guardia Civil, por eso te encierran y no por ser un hijo de puta como Urdangarin”.
- “Un día coches volarán como Carrero Blanco y no colgaremos ningún lazo en el Ayuntamiento”
- “Los GRAPO, os necesitamos. Para que, por cada suicidio e injusticia, un político visite un gulag”

El Tribunal considera que las letras de las canciones presentan un elemento más intenso que la mera comunión con los ideales de los grupos terroristas, pues presentan la alabanza a los mismos y a los *medios violentos empleados* por los terroristas e incitan a su reiteración. Por ello, y en conjunción con los otros delitos, fue condenado a las penas de dos años de prisión e inhabilitación absoluta durante ocho años, por enaltecimiento; un año de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por injurias y calumnias a la Corona y seis meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por las amenazas, en conjunción con una indemnización al ofendido.

En el lado opuesto se sitúa la STS 52/2018 de 31 enero, es decir, de apenas quince días antes, en la que el Supremo confirmaba la sentencia absolutoria, también de la Audiencia Nacional, al tuitero y abogado vasco Arkaitz Terrón, que expresó mensajes en su cuenta de dicha red social, y al que pudo identificarse fácilmente porque el nombre de su cuenta estaba compuesto por su nombre y primer apellido.¹³¹ Alguno de los mensajes son los que siguen:

¹³¹ SAN 12/2017 de 21 marzo. Hecho probado 1.

- "Roma acoge este sábado una cumbre de la extrema derecha europea m.publico.es/504668 Estando ahí juntitos...Un ' Carrero ' no estaría mal.."
- "@laquinta columna: Entonces, ¿Mañana hace el saque de honor Irene Villa? #Mestalla #Ancladoenlos 90". LOL! Hacía tiempo q no oía l d Irene Villa "
- "No entiendo por qué la placa a Carrero Blanco no se la ponen los productores de cava. El día que ETA lo hizo volar se descorcharon muchas botellas!".
- *Con ocasión del fallecimiento en la cárcel un condenado por terrorismo, tuiteó: "Agur eta ohore. Beti gogoan! #PresoPolitikoakEtxerat! #EzDaNaturala!". (Debajo insertaba una foto del entierro.)*

Al contrario que en el caso anterior, pero en base a la misma determinación tipológica en torno al riesgo que la conducta expresiva pudo generar, el Tribunal enfatiza en que, para poder apreciar dicho riesgo, es imprescindible acudir a las circunstancias específicas del caso, a saber, autor, destinatario y contexto. El juzgador infiere de éste que el mensaje no tenía aptitud para generar ningún riesgo de violencia o la comisión de hechos terroristas, y destaca la escasa repercusión de los que denomina “micromensajes”. Estos datos le sirven para justificar que los mensajes no eran, si quiera potencialmente, aptos para tal riesgo, pues solo fueron detectados por la Policía al realizar investigaciones en las redes.

El Tribunal señala que los mensajes no llaman a la violencia terrorista ni contra las personas citadas, sus derechos o el orden jurídico, y concluye que *una cosa es proclamar, incluso vociferar, lo que el sujeto «siente», [...] y otra cosa que tal expresión se haga, no para tal expresión emotiva, sino, más allá, para la racional finalidad de procurar que el mensaje, al menos indirectamente, incite a otros a cometer delitos de terrorismo.*¹³²

La justificación de la escasa repercusión adquiere aquí una especial trascendencia en el carácter público de estos delitos a través de su comisión por redes sociales, pues no es frecuente que se acuda a la insignificancia en cuanto a su expansión por la Red de los mensajes enjuiciados para determinar la ausencia de riesgo.

Quizá pueda advertirse un elemento mayor de control, pues la verdadera aptitud de las conductas de enaltecimiento o justificación, conforme a los fines explicitados por el Tribunal Constitucional, carecen de sentido si no conforman un riesgo cierto derivado, si quiera, indirectamente, de los mensajes publicados. Sin embargo, no podemos olvidar que la transnacionalidad y descentralización de las redes, unidas al elemento de la atemporalidad, pueden generar que el mensaje llegue a producir el peligro en lugar y tiempo muy lejano o posterior, y no controlado por el emisor.¹³³

¹³² STS 52/2018.

¹³³ Véase Miró Llinares, *Op. Cit.* Pág. 9.

3.4.1.2. La humillación a las víctimas del terrorismo a través de las redes sociales.

Respecto de la segunda de las conductas del meritado artículo 578 CP, la humillación a las víctimas del terrorismo, es imprescindible acudir al bien jurídico protegido para su propia configuración típica. El precepto busca proteger un bien jurídico autónomo que es el dolor y afecto de la familia de la víctima y la propia dignidad de esta última¹³⁴ frente a ataques de terceros aptos para ahondar en su herida.

La conducta típica, en consecuencia, consiste en realizar actos de menosprecio, descrédito o humillación, comportamientos aparentemente más cercanos a las injurias o a los delitos contra la integridad moral.¹³⁵ El hecho típico ha de consistir, con ello, en hacer *apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas*.¹³⁶

Por el contrario, no pueden ser consideradas humillantes para las víctimas la publicación de expresiones y chistes de “humor negro” como los mensajes por los que fue archivada la causa contra el concejal del Ayuntamiento de Madrid Guillermo Zapata,¹³⁷ quien publicó en su cuenta de Twitter mensajes como los que siguen:

- “Han tenido que cerrar el cementerio de las niñas de Alcaser para que no vaya Irene Villa a por repuestos”,
- “Rajoy promete resucitar la economía y a Marta del Castillo,”
- “Ser comunista nunca ha sido tan sencillo, es solo un poco más sencillo que ser de ETA,”
- “Se confirma que ETA, además de criminal, era idiota, con la cantidad de simpatizantes y aliados que tenía, no fue capaz de tomar el poder,”
- “¿Cómo meterías a 5 millones de judíos en un seiscientos?, en un cenicero.”

Resulta elocuente examinar el Auto de archivo, pues el Magistrado que lo dicta y posteriormente la Sala de la Audiencia recuerdan que la conducta de humillación exige, al menos, (a) la presencia de una conducta especialmente perversa contra las víctimas, (b) un dolo específico o un ánimo directo de desprestigiar o causar dolor y (c) que el destinatario sea una víctima del terrorismo, es decir, de manera directa los que sufren los atentados, e indirecta sus familiares.

Recuperando el ya recurrente elemento del contexto en nuestro trabajo, el Magistrado excluye el ánimo de desprestigiar en base a que se trata de mensajes aislados, sin ningún otro contexto, que configuran chistes de humor negro que se encuentran fácilmente en Internet. Y, por mucho que éstos generen indignación y perplejidad, ni la una ni la otra se encuentran incluidas como elementos del tipo.

¹³⁴ Muñoz Conde, F. (2017). *Op. Cit.* Pág. 790.

¹³⁵ Lamarca Pérez, C. (2016). *Op. Cit.* Pág. 1000.

¹³⁶ Cuerda Arnau, M.L. (2016). *Op. Cit.* Pág. 779.

¹³⁷ Auto de archivo de las diligencias contra Guillermo Zapata de 2 de julio de 2015, confirmado por la sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional 35/2016.

La propia Irene Villa publicó una carta abierta en los medios de comunicación,¹³⁸ que el Magistrado reproduce en el Auto, refiriendo que no se sentía humillada, pues está acostumbrada a ese tipo de humor negro. Por ello, el Instructor, en una alusión clara al Fiscal, recuerda que no puede perseguirse a unos ciudadanos y no a otros, pues existen miles de mensajes de iguales características en Internet que no han llegado a los tribunales, pues si lo hicieran, sería una actuación contraria a la Libertad de Expresión y al principio de intervención mínima.

En este caso, el Magistrado advierte que Zapata es perseguido por ser concejal del Ayuntamiento de Madrid, y que ello supone la aplicación de un Derecho Penal del enemigo que no busca nuestro ordenamiento. Si se persiguieran todos los mensajes similares, se generaría una pendiente resbaladiza en la que todos y cada uno de los mensajes que incluyeran chistes de humor negro como estos deberían ser investigados de oficio por el Ministerio Fiscal. Ello supondría, en opinión del Magistrado, “amordazar a los políticos” de una forma contraria a la Libertad de Expresión. No puede caerse, señala, en la ambigüedad al tipificar ni al subsumir las conductas de lucha contra el terrorismo por muy complejas que éstas sean. No cabe la tipificación de conductas muy alejadas de la efectiva lesión del bien jurídico protegido,¹³⁹ pues ello generaría una “pendiente resbaladiza” que no casa con el principio de intervención mínima ni, *a fortiori*, con el respeto a los Derechos Fundamentales. De esta manera, la ausencia de daño efectivo o potencial sobre el bien jurídico protegido debería excluir la vía penal.¹⁴⁰

3.4.2. El retuit como delito de enaltecimiento.

La conducta típica de enaltecer o humillar a las víctimas del terrorismo también puede realizarse si el usuario no es más que quien comparte en redes un mensaje de otra persona. Por el contrario, en el ámbito de la libertad de información, la mera reproducción de un comunicado terrorista por un diario no constituye un delito de apología del terrorismo.¹⁴¹

Ante ello, el Tribunal Supremo, en su reciente sentencia de 27 octubre de 2017¹⁴² confirmaba la de la Audiencia Nacional de 12 enero de 2017¹⁴³ a un antiguo condenado por pertenecer a la *Kale Borroka* por retuitear vídeos e imágenes laudatorios de la banda terrorista ETA, de explosiones de coches y de varias armas, que contenían, además, homenajes a etarras fallecidos, anagramas de la banda con el mensaje “adelante las dos” (en referencia a los símbolos de violencia e inteligencia: hacha y serpiente)¹⁴⁴ y varios vídeos de los entierros y montajes con los símbolos de ETA y del IRA.

¹³⁸ Catalán, A. (02/07/2015). Irene Villa reitera que no le ofenden los tuits de Zapata. *El Periódico*. Recuperado en: <https://www.elperiodico.com/es/politica/20150625/irene-villa-imputacion-guillermo-zapata-4304912>

¹³⁹ Muñoz Conde, F. (2017). *Op. Cit.* Pág. 778.

¹⁴⁰ Lamarca Pérez, C. (2011). *Op. Cit.* Pág. 66. *La ausencia de bien jurídico o la falta de un daño efectivo sobre el mismo priva de legitimidad a la vía penal, pero su presencia aún no justifica el recurso a la misma; es por tanto una condición necesaria, pero no suficiente.*

¹⁴¹ Lamarca Pérez, C. (2016). *Op. Cit.* Págs. 999 y 1000 en referencia a la STC de 12 de diciembre de 1986 sobre el diario Egin.

¹⁴² STS 706/2017

¹⁴³ SAN 1/2017.

¹⁴⁴ *Ibidem* SAN 1/2017. Hechos probados.

La defensa alegaba que el acusado no había creado ninguno de esos mensajes, sino que se había limitado a reproducirlos y a colgar los vídeos también grabados por terceros. Asimismo, que él no había realizado los homenajes a los etarras (*aurreku*) sino que solo colgó el vídeo en su cuenta de Twitter. Por su parte, la Audiencia considera, para condenarle por enaltecimiento, que esos mensajes sí generan un riesgo de comisión de actos de terrorismo, pues dichos mensajes *crean un determinado caldo de cultivo, una atmósfera o ambiente social proclive a acciones terroristas, antesala del delito mismo*.

Sin entrar en si la posibilidad de tal riesgo existe, es más relevante a este respecto la consideración del Tribunal Supremo al determinar que el tipo de enaltecimiento no exige que los mensajes hayan sido creados por el acusado, sino que basta con que éste les haya dado publicidad, como en este caso; pues considera que el número de sus seguidores en la red social (121) es suficiente para que haya llegado a éstos y que los mismos puedan volver a compartirlos; pues difundía sus mensajes en abierto.

Así, el mero hecho de compartir una publicación de otro supone un acto de publicidad de este que, por la dicción literal del tipo, no necesita la concurrencia de un medio de expresión pública o de difusión concretos. De tal manera, si los tweets hubieran sido publicados en una cuenta o grupo cerrados, pero ante varias personas, ¿también constituirían el tipo?

CAPÍTULO CUARTO. EL HUMOR, LA CRÍTICA Y SU INCRIMINACIÓN PRÁCTICA: SUPUESTOS POLÉMICOS.

Como capítulo final a este trabajo se pretende atraer la atención al caso de la tuitera Cassandra Vera, por la especial repercusión de su *iter* en los medios de comunicación, en las propias redes sociales y en la doctrina penalista. Asimismo, y dada su especial relación, se propone un análisis de la sátira política y de la relación entre el poder y el humor, como punto de reflexión que busca cerrar el círculo al encuadrar el *ius iocandi* en el ejercicio legítimo de la Libertad de Expresión. Ello con el telón de fondo de las implicaciones que representan hacer bromas y reírse públicamente de determinadas cosas.

4.1. Cassandra como síntoma.¹⁴⁵

Resulta obligado concluir este trabajo con la fijación de los hechos del controvertido caso de la tuitera Cassandra Vera, una estudiante murciana que fue condenada por la Audiencia Nacional y, posteriormente, absuelta por el Tribunal Supremo, por publicar en Twitter una multiplicidad de mensajes que giraban en torno a Carrero Blanco y a su asesinato a manos de ETA.

Las repercusiones del caso, que podríamos llegar a encuadrar dentro de lo que durante todo este trabajo hemos venido denominando “zona gris”, pueden resumirse en el título del manifiesto promovido por el profesor DOPICO GÓMEZ-ALLER a inicios de 2017, contrario a la calificación de la conducta como enaltecadora del terrorismo; a saber: “Carrero como síntoma”.

A efectos de poder plantear la controversia, es imprescindible recuperar los tweets publicados por esta usuaria y que fueron objeto de enjuiciamiento:¹⁴⁶

- "ETA impulsó una política contra los coches oficiales combinada con un programa espacial"
- "Película: "A tres metros sobre el cielo". Producción: ETA Films. Director: Argala. Protagonista: Carrero Blanco. Género: Carrera espacial"
- " Kissinger le regaló a Carrero Blanco un trozo de la luna, ETA le pagó el viaje a ella".
- "Si hacer chistes de Carrero Blanco es enaltecimiento del terrorismo..."
- "Perdone usted, @GcekaElectronic, un respeto para el gran Carrero, la estación internacional de la ETA puso todo su esfuerzo".

¹⁴⁵ El título de este apartado hace referencia al manifiesto promovido por el profesor Jacobo Dopico Gómez-Aller y apoyado por más de 250 profesores de Derecho Penal sobre el caso de Cassandra Vera, denominado “Carrero como síntoma”, al que se hará referencia en este apartado y que puede consultarse íntegramente en Dopico Gómez-Aller, J. *Carrero como síntoma*, [Manifiesto]. Recuperado en https://www.eldiario.es/tribunaabierta/Carrero-sintoma_6_609349070.html

¹⁴⁶ Algunos mensajes se insertan en la addenda con las fotografías que llevaban adjuntas.

- “Elecciones el día del aniversario del viaje espacial de Carrero Blanco. Interesante”.
- “¿Carrero Blanco también regresó al futuro con su coche? #RegresoAlFuturo”.

La Guardia Civil los detectó e identificó como posibles mensajes de humillación a las víctimas y enaltecimiento del terrorismo dentro de la denominada Operación Araña,¹⁴⁷ En base a tales investigaciones, la fiscalía los calificó como humillantes para las víctimas y la Audiencia Nacional abrió juicio oral contra la tuitera. En su sentencia, la Audiencia recuerda varios elementos trascendentes para condenarla relacionados con que el tipo configura, como se ha advertido, un delito de actividad en el que los elementos privados son más determinantes que en el enaltecimiento, pues la conducta se encuentra destinada a un ataque contra el honor y la dignidad de las víctimas.

Además, concluye, el tipo solo exige dolo, lo que supone que la realización de la conducta mediando crítica ácida o sátira, es irrelevante. Al contrario, alega que la burla solo alimenta el discurso del odio, legitima el terrorismo como método de solución de conflictos y obliga a la víctima a recordar la tragedia. Junto a ello es irrelevante el tiempo transcurrido desde el atentado, pues considera el tribunal que no supone su neutralización ni los chistes pueden ser, en consecuencia, referencia a hechos históricos.

La Audiencia encuentra la intención de humillar en el no distanciamiento de la tuitera de la banda terrorista, pues con el volcado de archivos le fue encontrado un anagrama de ETA. Además, se retrotrae a mensajes publicados durante su minoría de edad en los que, en opinión de tribunal, no denigra a ETA para conocer el contexto de formulación, como “qué mal hizo ETA dejando a tanto hijo de puta vivo.”

El Tribunal descarta que el manifiesto “Carrero como síntoma” y la carta abierta de la nieta del propio Carrero Blanco, donde defendía que el mal gusto al escribir no podía considerarse un delito,¹⁴⁸ aportados por la defensa, sirvan para descartar la conducta de humillación, pues afirma que Cassandra escribió esos mensajes distanciándose de la “ironía fina” y del “saludable ambiente humorístico”.

Al contrario, tras la interposición del recurso de Casación, el Tribunal Supremo en su reciente sentencia 95/2018 de 26 de febrero, absuelve a la tuitera por considerar que, en ningún caso, los mensajes enjuiciados pueden encuadrarse en el tipo de humillación, pues *nuestro sistema jurídico ofrece otras formas de represión de los excesos verbales que no necesariamente pasan por la incriminación penal*. El Tribunal rechaza la condena, tal como expresó en la STS 4/2017, en base al principio de última ratio y al carácter fragmentario del Derecho Penal, pues recuerda que no todo lo que supone odiar puede ser delictivo.

¹⁴⁷ Véase El País Madrid. (13/04/2016). Nueva operación contra el enaltecimiento del terrorismo en las redes. *El País*. Recuperado en: https://politica.elpais.com/politica/2016/04/13/actualidad/1460539496_502477.html

¹⁴⁸ Carrero-Blanco, L. (19/01/2017). Enaltecimiento del mal gusto. *El País*. Recuperado en: https://politica.elpais.com/politica/2017/01/18/actualidad/1484767780_556799.html

Al contrario, señala que es labor del juez penal distinguir los matices entre “el odio que incita a cometer delitos”, el que “siembra la semilla del enfrentamiento y erosiona los valores esenciales de la convivencia”, y la “animadversión y resentimiento”. No es concebible, en la incriminación penal, que todo lo no incluido en la Libertad de Expresión sea delictivo. No puede prohibirse el odio, ni mucho menos, castigar penalmente al ciudadano que odia. Respecto del discurso del odio apreciado por la Audiencia, el Supremo recuerda que el mismo vocablo “discurso” exige un acto racional de comunicación, *cuya punición no debería hacerse depender del sentimiento que anima a quien lo pronuncia*.

El Tribunal se basa, al menos, en cinco elementos para apreciar la no subsunción de los hechos en el tipo, pues considera que los chistes ya son conocidos en las redes sociales, que el motivo de estos no es la persona asesinada, sino la especial forma en que el vehículo salió disparado por la bomba. Asimismo, señala que esos hechos se han parodiado desde el inicio sin que se haya producido su represión penal, y ofrece el contexto como delimitador de las conductas de humillación, para afirmar que el atentado se produjo hace 44 años, por lo que, al contrario que expresaba la Audiencia Nacional, sí es un suceso histórico cuyo comentario en clave de humor no puede tener las mismas consecuencias que sobre un hecho reciente.

Además, alude a que el agotamiento del tema de los chistes hace que su publicación no sea apta para incrementar el dolor de los familiares de la víctima y que, en consecuencia, la respuesta penal es inadecuada y desproporcionada. La autora de los chistes tenía 18 años cuando los publicó y, en opinión del Tribunal, que hiciera 44 años desde el atentado y que ésta se limitara a repetir chistes conocidos en la calle y en las redes, excluye que se pueda considerar subsumible. Recuerda la ya mencionada en este trabajo STC 112/2016 para evidenciar que el Tribunal Constitucional exige la creación de una situación de riesgo para la incriminación de las conductas enjuiciadas, algo que, en su opinión, no ha podido producirse, al no dar, la usuaria, muestras de estar incitando a la violencia, provocando odio ni justificando ni incitando a la comisión de nuevos atentados.

Los chistes de humor negro no han provocado un menoscabo de los valores personales de los familiares por el hecho de haber sido formulados en tono de burla, por el contexto en el que fueron formulados y por centrar el chiste fácil no en la víctima, sino en la forma en que los hechos se produjeron; y ello sí excluye la aplicación del tipo. Este caso se había convertido en un síntoma de la incriminación de estas conductas; además del distinto parecer de los Tribunales afectados.

Suerte contraria corrió el cantante de Def con Dos César Strawberry, que también publicó tweets como "Ya casi es el cumpleaños del Rey ¡Qué emoción! (le voy a regalar) un roscón-bomba", "Cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco", "A Ortega Lara habría que secuestrarle ahora", "El fascismo sin complejos de Esperanza Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO" o "Street Fighter, edición post ETA: Ortega Lara versus Eduardo Madina" por los que fue absuelto por la Audiencia Nacional.¹⁴⁹

¹⁴⁹ SAN 20/2016 de 18 de julio.

Sin embargo, fue condenado por el Tribunal Supremo en casación¹⁵⁰ como autor de los delitos de enaltecimiento y humillación a las víctimas del terrorismo. El Supremo, parte, en este caso, de los especiales caracteres del *ciberespacio* para apreciar la gravedad de la conducta¹⁵¹ del cantante, pues señala que, en este caso, basta el dolo para colmar la tipicidad, pues la publicación de dichos mensajes constituye un acto de burla que no adquiere otra tonalidad por haber sido expresados en tono de sátira o crítica ácida. Asimismo, los mensajes alimentan el discurso del odio y suponen una legitimación de los medios terroristas como método de solución de conflictos.

Sin embargo, en el Voto Particular del Magistrado Andrés Ibáñez queda patente la falta de unanimidad el Tribunal, pues señala que, en el caso de César Strawberry no cabe apreciar sino una intención provocadora y contestataria de una juventud que se siente excluida y que, en consecuencia, no busca humillar o enaltecer, sino provocar. Asimismo, es esa intención provocadora permitida para transmitir un mensaje crítico la que permite al TEDH considerar legítima la quema de las fotos del Rey.¹⁵²

4.2. La risa que nos irrita.

Ante lo expuesto en el presente estudio, quizá la pregunta no deba ser dónde están los límites del humor, sino, por qué la risa de algunos irrita, no ya a quienes son blanco de los chistes, sino a otros que nada tienen que ver con ellos. Y es que, *cada vez que un hombre abre la boca para reír, está devorando a otro hombre*.¹⁵³ Las redes sociales son un nuevo lugar que ofrece publicidad y unos efectos expansivos a mensajes “insignificantes” como nunca se habían experimentado¹⁵⁴; todo se intensifica, también las reacciones frente a una idea provocadora. Muchas veces, los usuarios que atacan a personajes públicos en las redes, tras la difusión que de la ofensa hace el propio agraviado, para poner en evidencia al usuario, se convierten en blanco de ataques igualmente graves.¹⁵⁵

Se le perdona a la tragedia lo que no a la comedia, porque se ha entendido que existe una *risa destructiva y demoníaca*¹⁵⁶ que se convierte en la expresión del cinismo, como contrapunto a la civilización. La risa, la sátira más ácida y menos políticamente correcta, es molesta; porque si no lo fuera, no serviría para su función provocadora y, menos aún, podría permitirnos tratar algunos temas que le están vetados a la seriedad. Tras los atentados de las Torres Gemelas, los chistes referidos a los políticos *proporcionaban a la gente una manera fácil y tolerable de desahogarse y mitigar sus frustraciones sin tener que llegar a un enfrentamiento real*.¹⁵⁷

¹⁵⁰ STS 4/2017 de 18 de enero.

¹⁵¹ STS 4/2017, FD 2º *in fine*.

¹⁵² STEDH de 13 de marzo de 2018. Párrafo 38.

¹⁵³ Barba, A. (2016). *La risa caníbal*. Barcelona: Alpha Decay. Pág. II.

¹⁵⁴ Recuérdese Miró Llinars, *Op. Cit.* Pág. 7.

¹⁵⁵ Rubio Hancock, J. (28/03/2016). ¿Las redes sociales han cambiado los límites del humor?, *Verne*. Recuperado en: https://verne.elpais.com/verne/2016/03/16/articulo/1458138277_994874.html.

¹⁵⁶ Barba. *Op. Cit.* Pág. 74.

¹⁵⁷ *Ibidem* Barba. Pág. 114.

También en ellos, los chistes no podían tratar sobre las víctimas, sino sobre el avión, el expresidente Bush o los propios terroristas. No hay temas sobre los que no quepa el humor, sino formas socialmente censurables de enfocar los chistes. En definitiva, y aunque no sea éste el lugar para tratar del sentido de la risa, basten estas reflexiones para poder llegar a comprender que la crítica a través del humor y su atrayente relación con el poder tiene un sentido social, es la expresión de lo oscuro e interno de la humanidad. Su existencia, más que útil, es vital para una sociedad libre y democrática que sabe reírse de sí misma sin perder la Libertad.

CONCLUSIONES

El carácter abierto y difuso de los límites en el ejercicio de la Libertad de Expresión supone, como ha podido examinarse, que quepa la alternancia de épocas más permisivas y otras más estrictas en el entendimiento de las expresiones, por su especial relación con el contexto. La libertad de crítica, que también incluye las expresiones malsonantes que inquieten y molesten, protege lo “políticamente incorrecto”, pues no solo por encontrarse fuera de la crítica política nos hallamos extramuros de la Libertad de Expresión.

La violencia clara e inminente y el discurso del odio constituyen los límites que la doctrina constitucional ha definido frente a expresiones hirientes que, además, generan riesgo de exclusión, violencia y odio hacia grupos o colectividades identificados por diferentes elementos. En la última época, la extensión con que han sido interpretados dichos límites ha generado la condena a usuarios de redes sociales por publicar chistes que ya se encontraban en Internet y su detención por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

La persecución de estas conductas genera un efecto desalentador en quienes las llevan a cabo, pues la absolución de sus autores no excluye la llamada de atención acerca de no publicar mensajes que se encuentran en zonas limítrofes entre la Libertad de Expresión y las conductas social o penalmente reprobables. La amplitud de los tipos que castigan conductas como ésta es, por un lado, inevitable para poder castigarlos, pero, por el otro, cuestionable desde el principio de taxatividad penal derivada del imperativo principio de legalidad. La vaguedad de los términos que componen los tipos supone, en sí mismo, un elemento de conflicto con la Libertad de Expresión.¹⁵⁸

Una de las manifestaciones más claras se aprecia en la doble dimensión de las injurias. Ésta se incrementa en las redes, pues la percepción social de un individuo puede cambiar absolutamente en ellas con la mera difusión de un solo mensaje entre miles de usuarios. Las redes no pueden pretender que la dignidad de una persona presente menos nivel de protección que en el mundo físico, pues no permite una mayor adecuación social de la conducta por encontrarse inscrita en ese espacio.

No obstante, la circunstancialidad de las injurias, calumnias y otros delitos como enaltecimiento, se complica en las redes, llegando, los jueces, a acudir a mensajes anteriores del mismo usuario en la misma red social. Sin embargo, el contexto que se debe tener en cuenta para estos tipos no debería ser, en exclusiva el del *ciberespacio* o el físico, sino ambos.

¹⁵⁸ Borja Jiménez, E. (1999). *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho Penal. Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona*. Granada: Ed. Comares, Pág. 360.

Ello se agrava por la novedad del *ciberespacio*, que no puede ser equiparable al espacio físico en el que nos relacionamos. Su existencia posibilita la ampliación de la propia Libertad de Expresión, pero genera también la propia autocensura por las implicaciones de expresar en ellas opiniones que no están destinadas a quedar fijadas en el tiempo. Asimismo, la autorregulación de las redes puede generar que conductas permitidas en un espacio no lo estén en el otro, y *viceversa*. Internet reduce el tiempo y acerca a los individuos, multiplica la potencial fuerza de un mensaje lesivo y, por ello, limita la capacidad de control del usuario de su propia publicación.

Ello provoca que mensajes calumniosos o injuriantes que, en otro espacio no podrían haber llegado al ofendido, lleguen, lo hagan con más potencia publicitaria que por cualquier otro medio, y se encuentren agravados en su punición por los especiales medios empleados. Las redes sociales constituyen un nuevo medio de transmisión de datos y opiniones al que no cabe aplicar los regímenes de los medios tradicionales, ni mucho menos las técnicas de investigación policial e identificación que en ellos. Las redes han popularizado Internet, lo que, unido a la continua revolución dentro de ellas, provoca que no pueda decirse que la moralidad y ética en su interior sean asimilables a las que cada usuario presenta en su contorno físico.

Internet facilita un ciberagresor motivado, sin embargo, solo puede vulnerar los bienes jurídicos que la víctima haya incorporado al *ciberespacio*, y solo si ésta interactúa. Sin la interconexión entre usuarios, la Red desaparece; al contrario que el mundo físico. Sin embargo, el honor de una persona puede caer vulnerado sin que ésta lo haya introducido en la Red, pues su atrayente Valor es incuestionable.

Si la forma de relacionarse de los individuos en el *ciberespacio* no es radicalmente distinta a la forma en que lo hacemos en el “mundo real”, no cabe el establecimiento de límites mayores a la libertad individual en ese espacio del que cabe en la vida analógica. La publicación de mensajes que incitan al odio, enaltecen los atentados terroristas o humillan a sus víctimas, deben encontrar el mismo grado de lesividad dentro y fuera de las redes, pues el cambio del *ciberespacio* procede del medio, no del contenido.

Los delitos que inciten el odio frente a grupos por razón de su raza, religión, género u otros motivos dañinos, deben ser realmente aptos para promoverlo. La mera difusión de mensajes molestos, incluido el retuit, no puede bastar para apreciar una conducta provocadora de odio o violencia. Para su castigo, el delito de enaltecimiento precisa de la creación de un riesgo para las personas o para el sistema de libertades mediante una justificación de la legitimidad de las conductas terroristas.

Asimismo, el delito de humillación a las víctimas exige incrementar el dolor de las mismas o de sus familiares atentando contra su dignidad como tales. No basta con que los mensajes publicados hayan generado rechazo social si éstos no dejan de formar parte del humor negro de mejor o peor gusto: si no son más que chistes. Teniendo siempre presente que el humor tiene límites, y que es la propia dignidad de las personas.

Por este motivo, la detención, condena y posterior absolución de Cassandra Vera y la suerte igual o contraria de otros usuarios de redes sociales supone la plasmación de que el odio y el rencor no pueden ser delictivos; que su condena supuso lo contrario a lo perseguido, pues alimentó la percepción de que se estaban sobrepasando los límites de la respuesta penal legítima del humor y de la crítica sobre algunos temas.

Este caso es un síntoma de la represión de la risa pública que se considera destructiva, la risa que nos enfrenta a nuestros propios complejos al ofender a quienes no son los destinatarios, pero que se sienten atacados por la difusión que les dan a los chistes las redes sociales. La amplitud del *ciberespacio* genera la tendencia a su regulación en una época de poca permisividad de las expresiones políticamente incorrectas.

La respuesta penal no puede estar a la vanguardia de la réplica del Estado a conductas socialmente reprobables. No puede perseguirse en las redes lo que no se persigue en el mundo físico, por mucho que se trate, en definitiva, de la reacción frente a la inseguridad de no controlar un nuevo espacio que se escapa de los límites del Derecho territorial que conocemos.

BIBLIOGRAFÍA

- Alcácer Guirao, R. (2012), Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*, núm. 14-02, págs. 02:1-02:32. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-02.pdf>
- Álvarez García, F.J. (1999). *El derecho al Honor y las libertades de información y expresión*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Arroyo Zapatero, L. (2012). La armonización internacional del Derecho Penal, *Cahiers de Defense Sociale*, vol. 2011-2012, págs. 25-59.
- Barba, A. (2016). *La risa caníbal*. Barcelona: Alpha Decay.
- Bernal del Castillo, J. (1994). *Honor, verdad e información*. Oviedo: Universidad de Oviedo.
- Borja Jiménez, E. (1999). *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho Penal*. Granada: Comares.
- Carrero-Blanco, L. (19/01/2017). Enaltecimiento del mal gusto. *El País*. Recuperado en: https://politica.elpais.com/politica/2017/01/18/actualidad/1484767780_556799.html
- Cuerda Arnau, M.L. (2016). Delitos contra la Constitución, en *Derecho Penal Parte Especial*. (705-737). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cuerda Arnau, M.L. (2007). Proporcionalidad penal y Libertad de Expresión: la función dogmática del efecto de desaliento, *Revista general de Derecho Penal*, núm. 8.
- Díez-Picazo, L.M. (2003). *Sistema de Derechos Fundamentales*. Madrid: Thomson Civitas.
- Dopico Gómez-Aller, J. *Carrero como síntoma*, [Manifiesto]. Recuperado en https://www.eldiario.es/tribunaabierta/Carrero-sintoma_6_609349070.html
- Felson, M. y Clarke, M.V. (2008). La ocasión hace al ladrón. Teoría práctica para la prevención del delito en *Claves del Gobierno Local* N° 06. (193-233). Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local y Diputació de Barcelona.
- Garrido Peña, F. (1998). Sobre el delito de injurias y los actos semióticos preformativos, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 21, vol. I, págs. 271-299.
- Grabosky, P. Virtual Criminality: Old Wine in New Bottles? *SLS*, núm. 10, 2001, pp. 243 y ss. Recuperado en: <http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/a017405>
- Hernández Guerrero. F. (2013). Las conductas de acoso por medio de las tecnologías de la información y de las comunicaciones. En *Derecho y redes sociales*. Pamplona: Civitas y Thomson Reuters. (485-537).
- Kadushin, C. (2013). *Comprender las redes sociales, teorías, conceptos y hallazgos*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.

- Lamarca Pérez, C. (2006). Apología: un residuo de la incriminación de la disidencia, *La ley penal*, núm. 28, año III, junio. Págs. 41-51.
- Lamarca Pérez, C. (2011). *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes penales*. Madrid: Colex.
- Landa Gorostiza, J.M. (1999). *La intervención penal frente a la xenofobia*, Bilbao: Universidad del País Vasco, Servicio Editorial = Euskal Herriko Unibertsitatea, Argitalpen Zerbitzua.
- Laurenzo Copello, P. (1996). La discriminación en el Código Penal de 1995. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XIX, Cursos y Congresos nº 95, págs. 221-288.
- López Ortega, J.J. (2001). Libertad de expresión y responsabilidad por los contenidos en Internet, *Cuadernos de derecho judicial*, nº 10. Págs. 83-126.
- Maciá Gómez, R. (1997). *El delito de injuria*, Barcelona: CEDECS.
- Memorias de la Fiscalía General del Estado de los años judiciales 2010 a 2017.
- Mestre Delgado, E. (2016). Delitos contra el honor, en *Delitos, la parte especial del Derecho Penal*, (237-354). Madrid: Dykinson.
- Miró Llinares, F. (2011). La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*, núm. 13-07, págs. 07:1-07:55. Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-07.pdf>
- Morón Lerma, E. (1999). *Internet y Derecho Penal. Hacking y otras conductas ilícitas en la Red*. Pamplona: Aranzadi.
- Muñoz Conde, F. (2017). *Derecho Penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nieto Martín, A. y Maroto Calatayud, M. (2013). Las redes sociales en Internet como instrumento de control penal: tendencias y límites. En *Derecho y redes sociales. Op. Cit.* (427-485).
- Ortiz López, P. (2013). Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal. En *Derecho y redes sociales. Op. Cit.* (21-39).
- Orts Berenguer, E. y Roig Torres, M. (2001). *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Portilla Contreras, G. (2015). La represión penal del “discurso del odio”, en *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi. [Recurso electrónico].
- Ramos Fernández, F. (2007). El secuestro de El Jueves y las injurias periodísticas a la corona, un injustificable ataque a la Libertad de Expresión. *Ámbitos. Revista Internacional de Comunicación*, 16, 151-186.

Rayón Ballesteros, M.C. y Gómez Hernández, J.A. (2014). Cibercrimen: particularidades en su investigación y enjuiciamiento. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, nº 47, págs. 209-233.

Rodríguez-Amat, J.R. et al. (2013). Gobernanza de Internet y Libertad de Expresión en Europa: estado de la cuestión. En *Libertad de Expresión e información en Internet*. (75-99). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Rodríguez-Izquierdo Serrano, M. (2013). Internet entre otros medios o las distinciones mediáticas del Tribunal Supremo de los E.E.U.U. en *Libertad de expresión e información en Internet*. (99-119). Madrid: CEPC.

Tenorio Sánchez, P.J. (2013). La libertad de comunicación en Estados Unidos y en Europa. *Revista de derecho constitucional europeo*, Año 10, Número 19, enero-junio de 2013, págs. 271-309.

Terrádez Salom, D. (2013). Formaciones políticas racistas y xenófobas: aproximación al uso de las redes sociales. Libertad de Expresión versus abuso de derecho. En *Libertad de expresión e información en Internet. Op. Cit.* (259-282).

Vives Antón, T. (2016). Delitos contra el honor, en *Derecho Penal Parte Especial*, (299-311), Valencia: Tirant lo Blanch.

Voto Particular de la Magistrada del TC, Dña. Adela Asua Batarrita a la Sentencia 177/2015, núm. 956-2009, al que se adhiere el Magistrado Don Fernando Valdés Dal-Ré.

ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS Y RECURSOS WEB.

Bassets, M. (01/05/2017). El muro contra Marine Le Pen muestra fisuras. *El País*. Recuperado en: https://elpais.com/internacional/2017/04/30/actualidad/1493571543_841344.html?rel=st_r_articulo#1525616166817

Catalán, A. (02/07/2015). Irene Villa reitera que no le ofenden los tuits de Zapata. *El Periódico*. Recuperado en: <https://www.elperiodico.com/es/politica/20150625/irene-villa-imputacion-guillermo-zapata-4304912>

El País Jaén. (07/02/2018). Condenado a pagar 480 euros por publicar en Instagram un montaje de la imagen de Cristo con su cara, *El País*. Recuperado en: https://politica.elpais.com/politica/2018/02/07/diario_de_espana/1518019966_395726.html

El País Madrid. (13/04/2016). Nueva operación contra el enaltecimiento del terrorismo en las redes. *El País*. Recuperado en: https://politica.elpais.com/politica/2016/04/13/actualidad/1460539496_502477.html

J. Pérez, F. (20/03/2018). La Audiencia Nacional inicia el camino para que Valtònyc ingrese en prisión, *El País*. Recuperado en: https://politica.elpais.com/politica/2018/03/20/actualidad/1521556732_260033.html

Jiménez Cano, R. (08/11/2017). Twitter aumenta el límite a 280 caracteres para todos los usuarios, *El País*. Recuperado en: https://elpais.com/tecnologia/2017/11/07/actualidad/1510037858_189762.html

Miguel. (22/8/2017). *Las redes sociales y el atentado de Barcelona* [blog]. Recuperado de <https://101.es/las-redes-sociales-atentado-barcelona>

Pinheiro, M. (02/03/2017). "El Estado quiere que cuando un chaval vaya a tuitear se lo piense dos veces", *Eldiario.es*. Recuperado en: https://www.eldiario.es/politica/Audiencia-Nacional-chaval-tuitear-piense_0_618038972.html

Rodríguez, R. (03/03/2017). Así es la policía que 'vigila' Internet: "La gente cree que todo vale en las redes sociales", *El confidencial*. Recuperado en: https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2017-03-03/redes-sociales-insultos-policia-nacional-silvia-barrera_1340773/

Rubio Hancock, J. (28/03/2016). ¿Las redes sociales han cambiado los límites del humor?, *Verne*. Recuperado en: https://verne.elpais.com/verne/2016/03/16/articulo/1458138277_994874.html.

Sánchez, J.M. (19/3/2018) Protección de Datos sanciona a WhatsApp y Facebook por ceder y tratar datos personales sin consentimiento, *ABC*. Recuperado de: http://www.abc.es/tecnologia/redes/abci-proteccion-datos-sanciona-whatsapp-y-facebook-ceder-y-tratar-datos-personales-sin-consentimiento201803151019_noticia.html

Servicio de ayuda de Facebook. Recuperado en: https://www.facebook.com/help/1076296042409786/?helpref=hc_fnav

Statista. [Página web]. Disponible en <https://www.statista.com/statistics/272014/global-social-networks-ranked-by-number-of-users/>

Vado, M. (30/06/2017). Donald Trump empieza a aplicar su política antiinmigrantes. *Cadena Ser*. Recuperado en: http://cadenaser.com/ser/2017/06/30/internacional/1498800223_265107.html

JURISPRUDENCIA.

STEDH de 23 de abril de 1992, caso Castells c. España.

STEDH de 24 de febrero de 1997, caso De Haes y Gijssels c. Bélgica.

STEDH de 16 de julio de 2009, caso Feret c. Bélgica.

STEDH de 15 de marzo de 2011, caso Otegi c. España.

STEDH de 24 de febrero de 2015, caso Halliman y otros c. Suiza.

STEDH de 13 de marzo de 2018, caso Estern Taulats y Roura Capellera. c. España.

STC 199/1987, de 16 de diciembre.

STC 20/1990 de 15 de septiembre.

STC 176/1995 de 12 de enero.

STC 89/2010 de 15 de noviembre.

STC 177/2015 de 22 de julio.

STC 203/2015 de 5 de octubre.

STC 112/2016

STS 354/2017, de 17 de mayo. (RJ 2017/2540).

STS 4/2017 de 18 de enero.

STS 706/2017.

STS 72/2018 de 9 febrero. (RJ 2018\420).

STS 52/2018.

SAN 20/2016 de 18 de julio.

SAN 1/2017.

SAN 2/2017 de 26 enero. (ARP 2017\31).

SAN 12/2017 de 21 marzo.

Auto de archivo de las diligencias contra Guillermo Zapata de 2 de julio de 2015, confirmado por la sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional 35/2016.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora 70/2017 de 19 octubre.

Sentencia del Juzgado de lo penal de Madrid 169/2014 de 6 mayo. (JUR 2014\217380)

ABREVIATURAS

AN: Audiencia Nacional.

CE: Constitución Española.

CP: Código Penal.

FGE: Fiscalía General del Estado.

I.V.I: Introducción, Valor e Interacción.

JPI: Juzgado de Primera Instancia.

LO: Ley Orgánica.

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TS: Tribunal Supremo.

V.I.V.A: Valor, Inercia, Visibilidad y Acceso.

ADDENDA: EJEMPLOS DE TWEETS RECOGIDOS DE LAS REDES.¹⁵⁹

Tweets de Cassandra Vera sobre Carrero Blanco.



(Tweet similar al de Cassandra Vera)



(Tweet similar al de Cassandra Vera)

¹⁵⁹ Algunos de los tweets de este anexo son reconstrucciones de otros usuarios de los originales debido a que éstos ya habían sido retirados de las redes sociales.

Caso Paula Vázquez.

**Paula Vázquez** 
@PaulaVazquezTV 

"Gasolina en el coño y te metemos fuego" La gravedad de q el desprestigiado OkDiario de EduardoINDA #Tergiversar #inventar, #descontextualize

España
okdiario.com

 Me gusta  Comentar  Compartir

 **David Sánchez Clemente y 4160 personas más**

2602 veces compartido







1.47K/s  4G+  10:43

**Antonio Sobrino**

Y que tal si te hechamos un poco de gasolina en el coño y te metemos fuego HP. Animo gallegos y todas mis condolencias a las víctimas por el fuego. Un catalan Español.

14:52 - 17 oct. 2017

2.087 Retweets 1.572 Me gusta



 524

 2,1K

 1,6K



49

Tweets relacionados con la muerte de Bimba Bosé



Miguel Bosé @BoseOffic... · 23 ene. 17

Buen viaje Bimba, mi cómplice, mi compañera, mi amor, mi hija querida. Guíame.

2.673 20,5K 50,5K



LALITO DE JESÚS

@EL_vyper

Oye anciano maricón @BoseOfficial, ¿dónde van a enterrar a la ramera de Bimba Bosé? deseo ir a violar su canceroso cadáver.

4:24 PM · 23 ene. 17

8 RETWEETS 9 ME GUSTA



FEDE GUEVARA DEJESÚS

@Flacidx

Oye @BoseOfficial ¿dónde tiraron la teta amputada de la puta de Bimba Bosé? Me quiero masturbar y correrme en ese pedazo de cáncer.

23/1/17 14:13



Intoxicadx

@int0xikd1

Quiero creer que la muerte de Bimba Bosé es un castigo divino para @BoseOfficial por qué Dios odia a los homosexuales.

15:37 - 23 ene 2017

37 71



Perro Suspendido

@PerroAlYihad

Seguir

¿Buen viaje a donde? En único viaje será a tres metros bajo tierra con su putrefacto cuerpo @BoseOfficial

16:08 - 23 ene 2017

5 8



antipatico

@xanti_paticox

Seguir


@BoseOfficial arrepientete de tu homosexualidad, esa bimba dios la castigo por lesbiana, ¡¡¡ARREPIENTETE, TEN TEMOR A DIOS!!!



P.D. TKM BB.

15:59 - 23 ene 2017


5 6


Tweets relacionados con la muerte del torero Víctor Barrio



Groserito
@CGranGroserito







Celebro la muerte de Víctor Barrio, cualquiera que ataque a un animal indefenso merece morir.


44



135






Pablo Hasel
@PabloHasel







Ha muerto un torero. Un torturador menos, hoy el planeta está un poco más limpio de tanta mierda.


108



118






Lara Garcia Costanzo
@LaraGCostanzo






@[raquelsepul](#) La vida fue muy justa :) Tu marido recibió lo que merecía. Debería ocurrirle a todos los cobardes, hijos de puta, como el.


57



40






Lazy pussy
@bloodyjula666





Cuando me entero de que un torero se ha llevado una buena cornada o ha muerto y lo veo sufriendo




6



15:48 - 3 jul 2016


Bastardo Sin Gloria
@Bastardo_77




Por qué lloran la muerte de Victor Barrio si el mismo se lo busco, aplauso al toro que antes de morir pudo deshacerse de esa escoria humana

17:34 - 11 jul 2016




2


Claudio
@calu1050




#[VictorBarrio](#) bien muerto estás hijo de mil putas. BRAVO TORO ! Lástima que esos ignorantes van a matarte.

16:57 - 11 jul 2016




1


Maria
@Enara_1




@[Abelnfanzon](#) ME ALEGRO DE LA MUERTE DE VICTOR BARRIO,NO SE PUEDE BLOQUEAR NI DENUNCIAR A NADIE POR EXPRESAR SUS SENTIMIENTOS, SOY FELIZ!!!!

16:53 - 11 jul 2016




1


Pipe@
@DonGonorrio




Quiero ver el vídeo de Víctor Barrio donde el Toro le mete la cornada, así como cuando ellos se muestran gloriosos cuando matan al toro.

16:52 - 11 jul 2016




3

Raquel Sanz @raquelsepul 18h
Gracias a todos. No puedo contestaros, no tengo palabras. Se ha ido mi vida, no tengo fuerzas, pero sí mucho agradecimiento
#SoyBarriera

Lara Garcia Costanzo
@LaraGCostanzo

@raquelsepul MUY FELIZ ESTOY!!!! Se esta pudriendo en el infierno. El mundo es un lugar mejor
10/7/16 20:05

Mr_ H @Dr_Odio
#UnDeseoPorVictorBarrio
VOY A VIOLAR TU CADÁVER HIJO DE PUTA Y DESPUÉS VOY A VIOLAR A TU ESPOSA
2:40 - 14 jul. 2016

Responder a @Dr_Odio

Mr_ H @Dr_Odio · 2 h
@bceba23 Cállate el hocico perro.

Roberto Seralles @r_birdie13 · 2 h
@Dr_Odio eres un mierda y estoy seguro que te vas a quemar en el puto infierno y te van a entrar ganas de vomitar a tu madre

Pablo Hasel @PabloHasel

Si todas las corridas de toros acabaran como las de Víctor Barrio, más de uno íbamos a verlas.

RETWEETS 411 ME GUSTA 514
23:52 - 9 jul. 2016

Vicent Belenguer Santos
Muere un tal Víctor Barrio de profesión asesino de toros en Teruel (en su casa lo conocerían a la hora de la siesta) yo que soy un ciudadano muy "educado" hasta el punto de ser maestro me alegro mucho de su muerte, lo único que lamento es que de la misma cornada no hayan muerto los hijos de puta que lo engendraron y toda su parentela, esto que digo lo ratifico en cualquier lugar o juicio. Hoy es un día alegre para la humanidad. BILAREMOS SOBRE TU TUMBA Y NOS MEAREMOS EN LAS CORONAS DE FLORES QUE TE PONGAN ¡¡CABRÓN!!

Tweets relacionados con el niño enfermo de cáncer llamado Adrián, para cuya enfermedad se recaudaron fondos mediante una corrida de toros en Valencia.

Aizpea Etxezarraga
9 minutos ·

Que qué opino? Yo no voy a ser políticamente correcta. Qué va.
Que se muera, que se muera ya. Un niño enfermo que quiere curarse para matar a herbívoros inocentes y sanos que también quieren vivir. Anda yaaaaa! Adrián, vas a morir.

Maverick @Manuel_Ollero
Que gasto más innecesario se está haciendo con la recuperación de Adrián, el niño este que tiene cáncer, quiere ser torero y corta orejas.

En respuesta a @Manuel_Ollero
Maverick @Manuel_Ollero
No lo digo por su vida, que me importa 2 cojones, lo digo porque probablemente ese ser esté siendo tratado en la sanidad pública, con mi dinero